

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LA
FEMME MARIÉE
COMMERÇANTE

SOUS LE RÉGIME DE LA LOI DU 13 JUILLET 1907

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 31 Mai 1910, à 1 heure 1/2

PAR

PIERRE GUYON

Président : M. LYON-CAEN.

Suffragants { MM. RENAULT, professeur
 TISSIER, professeur

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1910

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LA
FEMME MARIÉE
COMMERÇANTE

SOUS LE RÉGIME DE LA LOI DU 13 JUILLET 1907

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

sera soutenu le Mardi 31 Mai 1910, à 1 heure 1/2

PAR

PIERRE GUYON



Président : M. LYON-CAEN.

Suffragants { *MM. RENAULT, professeur*
TISSIER, professeur

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1910



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547123_0025

INTRODUCTION

La loi du 13 juillet 1907 sur « le libre salaire de la femme mariée et la contribution des époux aux charges du ménage » a profondément modifié la condition des femmes mariées, de jour en jour plus nombreuses, qui subviennent par leur travail aux besoins du ménage. Une capacité à peu près entière leur est reconnue, aux dépens de l'autorité maritale, sur leurs gains et salaires. Cette loi a une portée très large et régit toutes les femmes laborieuses, les commerçantes aussi bien que les ouvrières et employées. Mais ce sont ces dernières que le législateur avait principalement en vue ; les commerçantes n'ayant été englobées dans la réforme qu'au cours de la discussion, et uniquement par un besoin de logique. Aussi est-il curieux de remarquer que c'est surtout pour les commerçantes dont les gains sont souvent importants, que les dispositions sur les biens réservés auront lieu d'être appliquées. Tandis qu'à l'égard des ouvrières la réforme ne sera guère en effet que théorique, les salaires étant dépensés le plus souvent au fur et à mesure de leur perception, et les biens réservés ne pouvant être en tous cas que minimes.

L'étude de la loi de 1907, en ce qui concerne la commerçante, présente donc tout d'abord un très grand intérêt pratique.

Une étude spéciale à la commerçante se justifie d'ailleurs fort bien. Le législateur n'ayant eu en vue dans cette loi que de légiférer pour l'ouvrière ne s'est jamais préoccupé de prévoir et de réglementer les questions que son application à la commerçante pourrait soulever ; il ne les a même pas aperçues. Il s'est contenté uniquement d'examiner si elle devait être englobée dans la réforme. Du fait de ce silence et étant donné que la loi s'adresse à d'autres qu'elle, s'élèvent et s'élèveront à l'avenir un grand nombre de problèmes importants et difficiles qui sont propres à la commerçante et qui s'expliquent par le statut spécial qui la régit dans notre législation et par les opérations multiples et particulières que nécessite sa profession.

C'est l'intérêt et le but de cette étude de rechercher toutes les questions qui, logiquement et pratiquement, peuvent être soulevées par l'application de cette loi aux commerçantes, et naturellement de proposer des solutions. Intérêt d'autant plus grand que les nombreux commentateurs de la loi, à la suite du législateur, ne consacrent à la commerçante que d'infimes développements, se préoccupant principalement de la condition de l'ouvrière.

Nous étudierons donc la loi de 1907 en raisonnant uniquement sur la capacité de la femme mariée commerçante et en n'exposant que brièvement, tous les points qui ne lui sont pas spéciaux. Nous commencerons par étudier dans quelles conditions une femme mariée peut entreprendre le commerce et quelle est sa capacité sur les gains qu'elle en retire. On cherchera ensuite à déterminer au point de vue commercial les personnes et les biens qui tombent sous le coup de la loi, abordant ainsi, parmi beaucoup d'autres, les deux importantes questions du commerce séparé et de la distinction dans le gain commercial des produits du capital

et du travail. Après avoir étudié la société et l'action en justice, nous examinerons avec détails un des points capitaux du sujet : la détermination exacte du gage des créanciers commerciaux de la femme mariée, pendant et après le mariage, selon les différents régimes matrimoniaux et suivant les décisions prises par elle sur la communauté. Pour cela il nous faudra fixer les droits des différents créanciers de la femme qui auront à concourir avec eux ; la loi apportant des dérogations au principe de l'universalité du gage, il importe que les différents gages partiels soient exactement déterminés. Tout spécialement nous rechercherons si les créanciers commerciaux peuvent toujours, comme avant 1907, poursuivre le mari et la communauté et s'ils n'ont pas, sans la dotalité universelle, à craindre l'inaliénabilité des biens réservés. Cette question du gage des différents créanciers nous amène logiquement à étudier les modifications apportées à la structure des différents régimes matrimoniaux et à la capacité de la femme sous chacun d'eux.

Outre ces questions principales, nous en rencontrons et examinerons un grand nombre d'autres secondaires il est vrai, mais dont la solution n'est pas sans présenter un grand intérêt et pratique et théorique.

Si le système que nous aurons ainsi échafaudé est celui qui peut sembler être imposé nécessairement par l'étude, à l'aide des principes généraux du droit, tant du texte que des travaux préparatoires de cette loi, il ne s'ensuit pas que c'est celui qui est ou sera appliqué en pratique. On assiste en effet à ce sujet à un phénomène sociologique extrêmement curieux. La loi de 1907, au moins dans ses dispositions que nous avons étudiées, c'est-à-dire le système des biens réservés, est restée jusqu'à présent lettre morte. La

pratique n'ayant pas eu, en quelque sorte, connaissance de l'existence de cette loi.

Que cela soit définitif, on ne peut encore le savoir, la loi étant bien récente. Si les questions qu'elle soulève étaient portées devant les tribunaux, et elles ne l'ont pas encore été, il semble impossible que ceux-ci ne lui fassent pas produire toutes les réformes qu'elle contient.

Il nous faudra enfin, pour terminer, rechercher les différentes raisons qui peuvent expliquer cet état de choses. La réforme était-elle moins urgente, moins exigée des mœurs que l'on n'avait cessé de le répéter lors des discussions ? Ne répugne-t-elle pas à des habitudes séculaires ? Ou bien plutôt l'explication est-elle que le système qu'elle crée de la dualité, au même moment, dans une même personne, de deux capacités totalement différentes et contradictoires, difficilement intelligible théoriquement est en fait impraticable ?

LA FEMME MARIÉE COMMERÇANTE

SOUS LE RÉGIME DE LA LOI DU 13 JUILLET 1907

CHAPITRE I

HISTORIQUE

Nous n'avons pas pour but de faire ici l'exposé général des différentes phases par lesquelles est passée la réforme du libre salaire de la femme mariée, mais nous cantonnant strictement dans notre sujet, nous examinerons comment les femmes commerçantes ont été finalement englobées dans la loi ; et pourquoi.

La longue élaboration qu'elle dut subir (plus de vingt ans) lui fut infiniment profitable. Pendant ce temps, l'idée féministe faisait son chemin ; et le législateur se montrait de plus en plus favorable à une large solution du problème. Des discussions longues, approfondies, une étude fructueuse des législations étrangères eurent pour résultat une loi longuement mûrie, d'une portée toute différente de celle des premiers projets, présentant sur eux de nombreuses améliorations et une incontestable supériorité.

M. Glasson, à qui revient l'honneur d'avoir mis la réforme sur chantier, lisait en 1886 à l'Académie des Sciences morales et politiques, un mémoire sur « le Code Civil et la question ouvrière » (1) qui eut un très grand retentissement. Il y montrait combien le Code de 1804 avait de lacunes à l'égard d'une partie considérable de la population : la classe ouvrière, dont l'évolution et le développement énorme et subit avait fait naître de nombreux et importants problèmes insoupçonnés un siècle auparavant et pour lesquels, par conséquent, le Code n'avait pas de réponses. Cette classe nouvelle ne pouvant s'adapter aux lois existantes, c'était aux lois à s'adapter à elle. Dans l'ouvrage de M. Glasson un paragraphe est réservé à la protection qu'il convenait d'accorder à la femme de l'ouvrier. Il vise le cas d'abus par le mari des pouvoirs que la loi lui donne en tant que tel, surtout sous la communauté, qui est le régime normal pour l'ouvrier. Pour y remédier, il proposait une procédure rapide qui permettait à la femme au cours du mariage, et quand les circonstances l'exigeaient et seulement dans ce cas, de percevoir et dépenser elle-même son salaire. La réforme demandée était donc très restreinte, ne s'appliquant pas de plein droit et visant uniquement les femmes des plus humbles conditions : ouvrières, domestiques, employées.

M. Glasson et un de ses collègues de la Faculté de Paris, M. Jalabert, traduisirent ces desiderata en une proposition de loi qui inspira directement celle que M. L. Jourdan, Dupuy-Dutemps et Montaut déposèrent sur le bureau de la Chambre le 22 juillet 1890 (2). Ainsi que le titre l'indiquait,

(1) Compte rendu de l'Académie des Sciences morales et politiques, année 1886, p. 843 et s.

(2) *Journal Officiel*, 1890. Chambre, Annexes, n° 822, p. 1629.

elle voulait remédier à certains abus de la puissance maritale ; abus dont souffrait seule, croyait-on, la femme ouvrière visée par la proposition. Ses auteurs prétendaient y arriver à l'aide d'une procédure plus rapide et moins coûteuse que la séparation de biens. Cette proposition de loi fut de nouveau déposée sur le bureau de la Chambre le 9 juillet 1894 (1), le même jour qu'une proposition de M. Goirand sur le même sujet (2).

Cette dernière inspirée plus particulièrement des travaux de l'association féministe « L'Avant-Courrière », fondée en 1893, était d'une portée tout autre ; puisque la femme pauvre, l'ouvrière, avait le droit de disposer de ses gains et salaires personnels de plein droit et dans tous les cas, et cela sans avoir besoin de s'adresser aux tribunaux comme dans la précédente. Une combinaison de ces deux propositions fut, après rapport de M. Goirand (3), votée sans discussion à la Chambre le 27 février 1896. Et, pour cette fois, la réforme n'alla pas plus loin.

Il n'est pas douteux que la femme commerçante était en dehors de la réforme ; si le texte voté était large et ne portait aucune restriction, l'exposé des motifs et les rapports qui l'ont précédé ne laissent aucun doute à cet égard. Cela fut d'ailleurs reconnu plusieurs fois dans la suite, par exemple par M. Tissier à la Société d'Etudes législatives, et par M. Gourgu dans son rapport au Sénat. Les motifs invoqués étaient vrais surtout pour l'ouvrière ; et la réforme, étant donnée sa portée, n'avait guère d'intérêt que pour elle seule. Il s'agissait en effet uniquement, dans le projet voté, d'accorder à la femme travaillant le droit de percevoir et de

(1) *J. O.*, 1894. Chambre, Annexes, n° 803, p. 1135.

(2) *J. O.*, 1894. Chambre, Annexes, n° 801, p. 1133.

(3) *J. O.*, 1895. Chambre, Annexes, n° 1609, p. 1472.

dépenser ce qu'elle gagnait ; ainsi que le rapport l'explique, le salaire dont elle ne disposait pas, retombait sous l'administration du mari. Etant donnée la grande et exceptionnelle capacité dont la femme commerçante jouissait dès avant la loi de 1907, cela n'avait guère d'intérêt pour elle.

Six ans plus tard, la Société d'Etudes législatives était fondée, et la première question mise à son ordre du jour était justement « Les modifications à apporter aux droits et pouvoirs de la femme mariée sur les produits de son travail » (1). Spécialement en ce qui concerne la loi qui nous occupe, cette intervention fut des plus heureuses pour l'harmonie et la construction juridique du système, le législateur ayant tiré grand profit des matériaux qui lui étaient ainsi fournis, et fait passer dans la loi la plupart des dispositions qui furent alors adoptées.

Dès le rapport de M. Tissier on voit que le point de vue n'est plus le même. Il est question d'englober la femme mariée commerçante dans la réforme (2). On voit cette idée se préciser dans la suite de la discussion et finalement elle a partie gagnée malgré de vives controverses, et le projet de la commission régit la commerçante. C'est une position qui lui était définitivement acquise, la question était vidée et, par la suite, les exposés de motifs de tous de les projets adoptent cette solution, spécifiant expressément que la loi lui était applicable.

Il importe donc de voir quelles furent les considérations qui, à la Société d'Etudes législatives, motivèrent l'entrée de la commerçante dans le champ de la loi, puisque c'est à ce moment que la question fut soulevée et définitivement

(1) Voir dans le *Bulletin de la Société d'Etudes législatives* le compte rendu de la discussion et les documents qui y sont joints, t. I, 1901-1902.

(2) *Bulletin de la Soc. d'Et. Légis.*, t. I, p. 39.

résolue. En premier lieu, il faut placer l'étude faite à cette occasion des législations étrangères ayant déjà statué sur cette matière. Législations que l'on s'était auparavant contenté d'énumérer dans les exposés de motifs sans en examiner ni les détails ni la portée exacte. On s'aperçut que la plupart d'entre elles ne distinguent pas selon les professions, et s'appliquent à tous les produits de l'activité de la femme ; que celle-ci soit ouvrière, employée, commerçante, ou exerce une profession libérale. Il en est ainsi des lois allemandes, genevoises, danoises, suédoises, norvégiennes, finlandaises (1). Les exceptions sont rares, c'est ainsi que la loi belge du 10 mars 1900 ne vise que les salaires ; et que la loi de Neuchâtel du 18 mai 1897 semble exclure la femme commerçante.

Puis la base même sur laquelle était jusque-là assise la réforme, fut ébranlée et apparut bien fragile. Des doutes s'élevèrent sur la fréquence des abus maritaux invoqués. Les renseignements recueillis de différents côtés et de personnes compétentes et vivant au milieu des ouvriers, montrèrent clairement qu'ils étaient loin d'être aussi fréquents que l'opinion publique avait tendance à se le figurer (2). Ils étaient tout au contraire exceptionnels, anormaux ; dans les milieux ouvriers les maris ignoraient les droits que leur

(1) Voir le texte des lois reproduit dans le *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, t. I, p. 95 et suivantes : Danemark. Loi du 7 mai 1880 (art. 27). Finlande. Loi du 15 avril 1889 (chap. II, art. 3). Loi genevoise du 7 novembre 1894. Norvège. Loi du 29 juin 1888 (art. 31). Art. 1164 du Code civil de Neuchâtel.

(2) C'est ce que M. de Saint-Girons vint dire pour le Creusot (p. 51) ainsi que M. Gruner, secrétaire général de la Société des Houillères de France (p. 106). M. L. Varlez donna des renseignements identiques pour la Belgique (p. 211). Des faits exposés par M. de Saint-Girons il résultait même qu'en règle générale le mari remettait son propre salaire à sa femme qui se trouvait ainsi investie de l'administration du ménage.

confère la loi en tant que tels ; et principalement sous le régime qui les régit en règle générale : la communauté légale. S'ils s'emparaient des salaires de leurs femmes, ils étaient loin de se douter que le droit était de leur côté et auraient été fort étonnés de l'apprendre ; mais au contraire ils avaient, ce faisant, conscience de commettre une faute. Comme le seul droit invoqué dans ces cas malheureux était le droit du plus fort, il était certain que la loi n'y changerait rien. Il fut du reste établi que les abus maritaux pouvaient se rencontrer tout aussi bien pour la commerçante que pour l'ouvrière, et que, ainsi que le dit M. Tissier, les bénéfices du commerce étaient dans ce cas aussi respectables et dignes d'être protégés que ceux de l'ouvrière.

Aussi certains membres de la Société d'Etudes législatives placèrent la loi sur un terrain nouveau : elle devait avoir pour but et comme justification de consacrer à l'égard de la femme le respect et la protection dus au travail. Celui de l'enfant étant déjà protégé à l'encontre de la puissance paternelle par l'article 387 Code civil, la femme était donc seule à ne pouvoir, au moins légalement, percevoir et disposer des fruits de son labeur. Or, c'est, disait-on, un droit sacré (ce mot fut prononcé) pour quiconque par son travail donne naissance à un bien, de pouvoir l'administrer et d'en régler l'affectation comme il l'entend. Ce principe sur l'administration et la disposition des produits du travail à raison de leur provenance était d'une grande nouveauté dans son application au droit matrimonial, il visait de plus indistinctement tous les gains de la femme, dans toutes les professions. Dans l'énorme majorité des cas, il est vrai, elle percevait elle-même ce qu'elle pouvait gagner, mais il était peu satisfaisant que ce fut en vertu d'un mandat tacite toujours révocable, et l'on voulait mettre la loi d'accord avec

les mœurs Puisque, en résumé, les mauvais maris n'étaient si coupables que parce qu'ils agissaient conformément à la loi et que les prétendus abus n'en étaient que l'usage ; c'est elle qu'il fallait changer. Comme le dit M. Tissier : « Le Principe d'une réforme était moins dans le remède à apporter à des situations exceptionnellement douloureuses, que dans la nécessité de traduire en loi ce qui est d'une façon générale pour tous les ménages le droit, la justice, la raison, l'utilisation sociale des qualités d'ordre et de prévoyance de la femme, qualités qu'il faut encourager et protéger (1), » et plus loin « il s'agit de reconnaître un droit qui appartient en justice et en raison à toutes les femmes (2) ». M^{me} Schmahl dit pareillement « que c'était en vertu d'un sentiment supérieur à la pitié que nous devons demander l'atténuation de la puissance maritale : en vertu du respect et de la dignité et de l'indépendance humaine (3) ». Cette thèse fut soutenue également par M. Turgeon et c'est l'idée qui domina la discussion, lui donnant toute l'ampleur nécessaire.

Il est du reste curieux de remarquer que le changement de base de la réforme semble être passé inaperçu des Chambres, ou par la suite les orateurs invoquent à l'appui l'autre idée, plus discutable et moins scientifique, des abus maritaux, que la discussion et l'examen approfondi avaient fait abandonner par la Société d'Etudes législatives. C'est ainsi que M. de Lamarzelle, au Sénat, dit « qu'il est un fait certain, c'est que cette proposition de loi est motivée par des abus que font les mauvais maris ; ce n'est pas douteux ». (4) Or, c'est fort contestable, l'on est bien obligé de

(1) *Bulletin de la Soc. d'Et. légis.*, t. I, p. 35.

(2) *Idem*, p. 41.

(3) *Idem*, p. 180.

(4) *J. O.*, Sénat, séance du 14 mai 1907, p. 625, colonne 3.

le reconnaître ; cette idée ne permettant pas d'expliquer ni de justifier les mesures prises et surtout leur ampleur.

Avec l'idée nouvelle, développée notamment par M. Tissier, il n'était plus possible de faire aucune distinction entre les femmes mariées selon les professions exercées (1). Il y avait mêmes raisons pour toutes ; toutes devaient être englobées dans la réforme, la commerçante et celle qui exerce une profession libérale au même titre que l'ouvrière : la logique du système l'exigeait. Et cela fut en effet admis sans difficulté, il n'y eut pas d'objections théoriques mais seulement d'ordre pratique, et graves, il est vrai.

M. Thaller, principalement, se montra adversaire résolu de l'application de la loi aux commerçantes (2) ; et, à l'appui de sa thèse, il exposa les complications qui, d'après lui, en résulteraient. Tout commerce, disait-il, suppose un capital, lequel « est une valeur de communauté nécessairement » et que, par conséquent, le mari à la cessation du commerce a le droit de reprendre. Comment va-t-on distraire de ce capital le profit réalisé ? « Il est impossible de le matérialiser

(1) Une autre théorie fut exposée au cours de la discussion, qui aboutissait au même résultat, c'est celle de M. Saleilles qui lui resta personnelle (p. 134 et 144). C'est le mari qui a dans le ménage une fonction de travail, celle de la femme n'est pas et ne doit pas être de travailler. Le travail extérieur ne peut être pour elle qu'exceptionnel, ne s'imposant seulement que lorsque les ressources du mari sont insuffisantes. Et le plus souvent, dit M. Saleilles « la femme y sera acculée par le désordre du mari ou à la suite de revers et de ruines causés par sa mauvaise administration ». Et c'est pour cela qu'il admet que la femme dans ce cas travaille pour elle seule, et que le mari soit sans droit sur ces gains. On peut répondre avec M^{me} Schmahl (p. 109) que c'est un rêve de croire qu'il peut y avoir un état social où le travail du mari suffise pour faire vivre sa famille. Ce n'est pas dans ce sens qu'évolue la société. Le travail de la femme devient de plus en plus normal, et il n'est malheureusement pas nécessaire de désordres du mari pour qu'elle y soit contrainte.

(2) *Bulletin de la Soc. d'Et. légis.*, p. 121 et s.

dans des biens qui se sépareront du fonds d'exploitation lui-même, il est incorporé dans l'ensemble du capital industriel, dans la marchandise, dans la caisse, dans le compte des banquiers ». Voilà donc une ventilation nécessaire pour dissocier les différents éléments dont se compose le fonds de commerce.

Subsidiairement et en supposant cette première difficulté résolue, M. Thaller nous met en présence d'une seconde. Dans le profit ainsi dégagé par ventilation il y a deux choses : l'intérêt du capital engagé et le profit net. Or, la femme n'aurait droit qu'à ce dernier. La jouissance du capital, d'après les règles du régime de communauté, doit revenir au mari, ou plutôt à la communauté. Et il doit en être ainsi malgré que ce capital ait été engagé dans le commerce de la femme ; voilà donc encore une sous-ventilation nécessaire (1).

Après M. Thaller, M. Challamel demanda lui aussi l'exclusion de la femme commerçante, de peur, disait-il, de faire échouer le projet tout entier.

Pour répondre aux objections des adversaires de l'extension du système des biens réservés à la commerçante, remarquons tout d'abord que M. Thaller semble avoir placé toutes les opérations auxquelles elle donnera lieu lors de la cessation du commerce (2). Mais ce sera chaque année, lors de l'inventaire, que l'on distinguera dans le produit net la part du capital et celle du travail ; les gains du commerce seront soit dépensés, soit placés ailleurs, ils n'iront pas toujours augmenter le fonds de commerce ; en sorte que la

(1) M. Thaller semble être aujourd'hui favorable à la réforme faite. Voir *Traité élémentaire de Droit commercial*, 3^e édition, p. 100.

(2) *Bull. Soc. d'Et. Légis.*, 1901, p. 129.

ventilation à faire pour ce dernier à la cessation du négoce ne donnera le plus souvent lieu à aucune difficulté.

De plus, M. Thaller a raisonné uniquement sur le cas où la femme était commune en biens, dans lequel le capital était à peu près nécessairement bien de communauté. Mais les capitaux qui forment le fonds de commerce peuvent être des propres d'une femme séparée de biens ou des parapher-naux sous le régime dotal. Et cela sera d'autant plus fréquent que le commerce par son importance nécessitera un fort capital. La communauté légale étant en effet une exception pour des époux riches, il y aura contrat de mariage, qui la rejettera à coup sûr et adoptera peut-être la séparation de biens, ou le régime dotal, ou la communauté réduite aux acquêts. Même sous la communauté, d'ailleurs, les capitaux peuvent provenir non du mari mais d'un tiers. Très fréquemment aussi ce sera justement des produits du travail de la femme. Ce peut être, par exemple, une ouvrière qui, après avoir réuni de petites économies, achète le fonds de sa patronne ou s'établit pour son propre compte. Et c'est alors, si les gains de son commerce n'étaient pas réservés, que s'élèveraient de graves et insolubles difficultés, puisque, par contre, les produits du capital commercial eux, sont réservés. Aurait-il fallu dans ce cas recourir à l'opération que craignait M. Thaller et distinguer dans le gain commercial les produits du travail et ceux du capital, ces derniers seuls, ce qui eut été plaisant, étant réservés ?

Les difficultés de fait invoquées étaient donc loin d'exister dans tous les cas. Il semble alors qu'il eut suffi d'excepter ceux ou elles se présentaient, et de laisser la loi s'appliquer dans les autres. C'est ce qui fut d'ailleurs proposé ; c'est ainsi que le projet de M. Tissier porte (art. 1, alinéa 3) : « Ces droits ne s'appliqueront pas aux gains provenant d'un

commerce ou d'une industrie entretenue ou alimentée à l'aide de fonds du mari ou de la communauté (1) ».

Des dispositions identiques se retrouvent dans la loi danoise du 7 avril 1880 (art 27) et dans la loi norvégienne du 29 juin 1888 (art. 31). On peut faire à ce système une critique capitale, c'est de réduire presque à néant la réforme, en excluant toutes les petites commerçantes mariées le plus souvent sans contrat, qui étaient les plus intéressantes et celles pour qui l'on faisait précisément la réforme. Pour elles, en effet, le fonds de commerce sera presque fatalement alimenté de capitaux communs. A qui donc la loi se serait elle alors appliquée? (Le régime sans communauté étant sans importance pratique.) A la femme dotale ou séparée de biens? Mais son régime était déjà pour elle suffisamment protecteur. Et puis comment justifier la différence faite entre le cas où les capitaux sont prêtés par le mari, et celui où ils le sont par un tiers, ce dernier cas n'entraînant aucune déchéance pour la commerçante, ce qui l'eut amenée à emprunter de préférence à d'autres que son mari. Les difficultés étant pour les deux cas, du reste, identiques : nécessité de rendre le capital prêté et obligation d'en fournir les intérêts. On peut reprocher enfin à ce système de résoudre en la supprimant une difficulté qui est loin d'être insurmontable, et que plus d'une fois déjà les juges ont résolue. C'est ainsi que dès avant la loi, une ventilation était nécessaire lorsque le mari prêtait un capital pour faire le commerce à sa femme séparée de biens ; de même dans tous les cas lorsque l'argent provient d'un tiers. M. Thaller a même proposé, autrefois, une ventilation analogue à celle qu'il redoutait lors de la discussion. C'est lorsque le mari a

(1) *Bull. Soc. d'Et. légis.*, t. I. Projet Tissier, p. 55.

remis à sa femme des capitaux dont elle était propriétaire, mais dont il devait avoir la jouissance d'après le régime adopté (par exemple régime sans communauté). Il demandait qu'on laissât au mari après ventilation la portion du gain commercial représentant la jouissance de ces capitaux (1).

Les difficultés invoquées parurent bien, aux membres de la Société d'Etudes législatives, pouvoir être surmontées ; aussi en grande majorité se montrèrent-ils favorables à l'application à la commerçante de la réforme projetée. C'est ainsi que les projets de loi de M. Saleilles (2), de M. Cauwes (3), la mentionnent expressément ; ainsi du reste que le projet de M. Tissier ; mais ce dernier avec l'importante restriction énoncée plus haut : n'étaient pas réservés les gains provenant d'un commerce ou d'une industrie alimentée à l'aide de fonds du mari ou de la communauté. Le rapport de la commission (4) mentionne à ce sujet, qu'après examen des difficultés s'élevant sur la question de la liquidation, il fut passé outre, la logique du système l'exigeant. De même pour l'exposé des motifs (5).

Dans les propositions de lois qui suivirent au Sénat et à la Chambre des députés et aboutirent à la loi de 1907, la question n'est plus même discutée, mais toutes ne manquent pas de mentionner expressément la femme commerçante, parmi celles qu'elles régissent. La première en date, celle de M. Grosjean (6), reproduisait encore, il est vrai, la so-

(1) *Annales de Droit commercial*, 1896, p. 196, article intitulé : Si les bénéfices du commerce sont ou ne sont pas des fruits.

(2) *Bull. de la Soc. d'Et. Légis.*, t. I, p. 133 et 205.

(3) *Idem*, p. 203.

(4) *Idem*, p. 453.

(5) *Idem*, 458.

(6) *J. O.*, 1905. Chambre, Annexes, n° 2280, p. 441.

lution du projet de M. Tissier ; excluant les gains commerciaux si le commerce était exercé à l'aide de fonds mis à la disposition de la femme par le mari ou la communauté. Mais la proposition suivante, celle de M. Gourju, rejette expressément cette solution (art. 1, alinéa 3) «... tous les bénéfices, quelle que soit l'importance du commerce ou de l'industrie et quelle que soit l'origine des capitaux engagés (1) ». Le rapport de M. Guiller sur les propositions précédentes porte également une mention spéciale pour la commerçante (2), et le rapporteur insista de nouveau, lors de la discussion sur la large portée de la loi (3). Aucune contestation ne se produisit. Et enfin, pour finir, même mention dans le rapport de M. Violette à la Chambre (4), avant le vote définitif de la réforme (5). La question n'est donc pas douteuse : la femme commerçante est régie par la loi du 13 juillet 1907. Cela n'est du reste pas contesté.

Le législateur, tout en adoptant sur ce point les décisions de la Société d'Études législatives, n'a pas l'air de s'être rendu compte des raisons qui les avaient fait adopter. Il n'a également pas vu les problèmes qui, spécialement pour la commerçante, allaient se poser et il ne les a pas, par conséquent, solutionnés. Il croyait travailler princi-

(1) *J. O.*, 1906. Sénat, Annexes, n° 304, p. 740.

(2) *J. O.*, 1907. Sénat, Annexes, n° 77, p. 54.

(3) *J. O.*, Sénat. Séance du 14 mai 1907, p. 621, colonne 2.

(4) *J. O.*, Chambre 1907, Annexes, p. 960.

(5) Votée en seconde délibération au Sénat le 24 mai 1907 *J. O.*, Sénat (p. 660) la loi fut votée à la Chambre après urgence déclarée le 11 juillet 1907. M. Violette avait dans son rapport demandé à ses collègues « d'adopter tel quel le texte qui vous est soumis en dépit de ses imperfections ». Aussi bien, ajoutait-il, les corrections à faire ne seraient pas essentielles, elles portent seulement sur des vices de rédaction. M. Violette ne précisait d'ailleurs pas ces imperfections.

pablement pour l'ouvrière, et il apparaît que ce n'est pas elle qui en définitive profitera surtout de la loi.

Quoiqu'il en soit, cette réforme tardive place enfin notre législation à la hauteur de celles des pays voisins ; toutes reconnaissant à la femme sur les produits de son travail une très grande et presque identique capacité. Votée sur un mouvement d'opinion générale, cette loi se justifie sans peine. Les nouvelles conditions de la vie sociale la rendaient inévitable. La femme de plus en plus tend à jouer dans toutes les branches de l'activité humaine un rôle égal à celui de l'homme. Son travail d'exceptionnel qu'il était est devenu normal ; nécessaire pour la femme pauvre ; il est fréquent dans les classes aisées où existe le désir naturel de tirer profit de l'instruction reçue, en dehors de tout besoin. Parmi les professions qui lui sont ouvertes, nulle n'est plus appropriée à sa capacité physique et à ses facultés morales que le commerce, qui, se faisant bien souvent au domicile même des époux, lui permet donc de s'occuper, dans une certaine mesure, et des enfants et du foyer familial.

Sur ces gains, devenus de nos jours si fréquents, les pouvoirs du mari étaient particulièrement intolérables, l'incapacité de la femme difficile à expliquer ; c'est ce à quoi la loi nouvelle porte remède.

Remarquons pour finir combien son titre : « Le libre *salaire* de la femme mariée... » ne lui convient guère étant donnée sa portée générale (1).

(1) Cela s'explique facilement. Cette partie du titre de la loi a été empruntée à la proposition Gourju dont l'auteur a dit s'être inspiré dans une large mesure d'une thèse de M. A. Damez. « Le libre salaire de la femme mariée et le mouvement féministe ». *Thèse*, Lyon, 1905. Il est évident qu'il lui a également, et imprudemment emprunté le titre.

Loi relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage.

(13 juillet 1907)

Art. 1. Sous tous les régimes et à peine de nullité de toute clause contraire portée au contrat de mariage, la femme a, sur les produits de son travail personnel et les économies en provenant, les mêmes droits d'administration que l'art. 1449 du Code civil donne à la femme séparée de biens.

— Elle peut en faire emploi en acquisitions de valeurs mobilières ou immobilières.

— Elle peut, sans l'autorisation de son mari, aliéner à titre onéreux les biens ainsi acquis.

— La validité des actes faits par la femme sera subordonnée à la seule justification, faite par un acte de notoriété, ou par tout autre moyen mentionné dans la convention, qu'elle exerce personnellement une profession distincte de celle de son mari ; la responsabilité des tiers avec lesquels elle a traité en leur fournissant cette justification n'est pas engagée.

— Les dispositions qui précèdent ne sont pas applicables aux gains résultant du travail commun des deux époux.

Art. 2. En cas d'abus par la femme des pouvoirs qui lui sont conférés, dans l'intérêt du ménage, par l'article précédent, notamment en cas de dissipation, d'imprudence ou de mauvaise gestion, le mari pourra en faire prononcer le retrait soit en tout, soit en partie, par le tribunal civil du domicile des époux statuant en chambre du conseil, en présence de la femme ou elle dûment appelée, le ministre public entendu.

— En cas d'urgence le président de ce tribunal peut, par ordonnance de référé, lui donner l'autorisation de s'opposer aux actes que la femme se propose de passer avec un tiers.

Art. 3. Les biens réservés à l'administration de la femme pourront être saisis par ses créanciers.

— Ils pourront l'être aussi par les créanciers du mari qui ont contracté avec lui dans l'intérêt du ménage alors que, d'après le régime adopté, ils auraient dû, antérieurement à la présente loi, se trouver entre les mains du mari.

— La preuve que la dette a été contractée par le mari dans l'intérêt du ménage incombe au créancier.

— Le mari n'est responsable ni sur les biens ordinaires de la communauté, ni sur les siens des dettes et obligations contractées autrement que dans l'intérêt du ménage par la femme, même lorsqu'elle a agi dans la limite des droits que lui confère l'art. 1 mais sans autorisation maritale.

Art. 4. En cas de contestation, la femme pourra, tant vis-à-vis de son mari que vis-à-vis des tiers, établir par toutes preuves de droit, même par témoins, mais non par la commune renommée, la consistance et la provenance des biens réservés.

Art. 5. S'il y a communauté ou société d'acquêts, les biens réservés entreront dans le partage des fonds communs.

— Si la femme renonce à la communauté, elle les gardera francs et quittes de toutes dettes autres que celles dont elles étaient antérieurement le gage, en vertu de l'art. 3 de la présente loi.

— Cette faculté appartiendra à ses héritiers en ligne directe.

— Sous tous les régimes qui ne comportent ni communauté ni société d'acquêts, ces biens sont propres à la femme.

Art. 6. La femme pourra ester en justice sans autorisation, dans toutes les contestations relatives aux droits qui lui sont reconnus par la présente loi.

Art. 7. Faute par l'un des époux de subvenir spontanément, dans la mesure de ses facultés, aux charges du ménage, l'autre époux pourra obtenir du juge de paix du domicile du mari l'autorisation de saisir arrêter et de toucher des

salaires ou du produit du travail de son conjoint une part en proportion de ses besoins.

Art. 8. Le mari et la femme seront appelés devant le juge de paix par un simple avertissement du greffier en la forme d'une lettre missive recommandée à la poste, indiquant la nature de la demande.

— Ils devront comparaître en personne, sauf les cas d'empêchement absolu et dûment justifié.

Art. 9. La signification du jugement rendu en conformité de l'art. 7 qui précède, faite au conjoint et au tiers débiteurs à la requête de l'époux qui en bénéficie, lui vaut attribution des sommes dont la saisie a été autorisée, sans autre procédure.

Art. 10. Les jugements rendus en vertu des articles 2 et 7 de la présente loi seront exécutoires par provision, notwithstanding opposition ou appel et sans caution. Ils pourront, même lorsqu'ils seraient devenus définitifs, être modifiés si la situation respective le justifie.

Art. 11. Les dispositions de la présente loi pourront être invoquées même par les femmes mariées avant sa promulgation.

Notes statistiques (1) (D'après le recensement de 1901).

Quelques chiffres montreront le nombre de personnes régies par la loi du 13 juillet 1907.

Sur une population légale de 38.961.945 habitants.

La population active est de 19.715.076.

12.910.565 Hommes.

6.804.516 Femmes.

(1) Résultats statistiques du Recensement général de la population du 24 mars 1901 (ministère du commerce) t. IV (paru en 1906).

La population active suivant l'état de famille se divise pour les femmes en

2.698.194 célibataires

3.142.743 mariées

893.401 veuves ou divorcées.

70.172 Etat-civil non déclaré.

La loi nouvelle vise donc 3.142.743 personnes.

Sur ce chiffre combien y a-t-il de commerçantes ? C'est ce qu'il est assez difficile de savoir au juste. Les tableaux donnent en effet, pour le Commerce et l'Industrie : 1° des chefs d'Etablissements ; 2° des employés ; 3° des travailleurs isolés. Pour les employés, pas de doute, ce ne sont pas des commerçants. De même les chefs d'établissements seront tous commerçants par application de l'article 631 du Code de commerce. Pour avoir des chiffres exacts il faudra pourtant retrancher quelques milliers du chiffre total de la rubrique : Chefs d'établissements d'industrie, parmi lesquels, en effet, sont comptés ceux qui exploitent une industrie extractive, puisqu'il n'y a pas là acte de commerce. Mais pour les travailleurs isolés de grandes difficultés s'élèvent. Il semble bien que dans cette catégorie l'on ait mis pêle-mêle tous ceux qui ne pouvaient rentrer à coup sûr dans l'une des deux catégories précédentes, petits patrons travaillant seuls, ouvriers à domicile ou employés irrégulièrement à des maisons différentes. Si parmi les travailleurs isolés de l'industrie il ne peut guère y avoir que des ouvriers et des artisans ; parmi ceux du commerce on conçoit très bien qu'il y ait un grand nombre de petits commerçants qui exploitent seuls leur commerce.

Population active suivant la situation dans les entreprises.

Désignation		Total	Hommes	Femmes
Industrie . . .	Chefs d'Etablissements.	813.154	562.095	251.059
	Employés	4.506.916	3.308.552	1.198.364
	Travailleurs isolés . .	1 639.052	731 548	907.504
Commerce. . .	Chefs d'Etablissements.	538.814	310.961	227.853
	Employés	798 260	597.365	200 895
	Travailleurs isolés . .	543.386	274 935	268.451

Proportion pour 100 de personnes mariés.

Désignation	Masculin		Femmes	
	Industrie	Commerce	Industrie	Commerce
Chefs d'Etablissements	85.20	89 37	58.04	81.17
Travailleurs isolés.	73.46	76 14	47.22	47.58

Nombre total de femmes mariés.

Chefs d'industrie	Travailleurs isolés	Chefs de commerce	Travailleurs isolés
144.449	422.691	184.008	126.497

Les commerces à la tête desquels se trouvent le plus de femmes mariées, sont par ordre d'importance numérique : le Commerce des comestibles, les restaurants et hôtels, la confection de vêtements, la couture, la boulangerie et pâtisserie, le commerce d'objets pour l'habillement, blanchissage, teinture, etc., etc.

CHAPITRE II

LA FEMME MARIÉE COMMERÇANTE

SECTION I

Autorisation pour faire le commerce. Révocation. Sanction du défaut d'autorisation.

Avant de voir en quoi la condition de la femme mariée commerçante a été modifiée par la loi du 13 juillet 1907, il importe d'exposer très brièvement ce qu'elle était auparavant. Elle jouissait depuis longtemps d'une capacité privilégiée, traditionnelle dans notre droit et dont parlent déjà nos anciens auteurs (1). Une impossibilité pratique s'opposait en effet à ce qu'on lui appliquât les règles de droit commun de l'autorisation maritale. C'est ainsi que tandis que la femme qui fait par exemple des actes de commerce isolés, a besoin pour chacun d'eux de l'autorisation du mari, laquelle doit être expresse ; celle qui veut entreprendre un commerce n'a besoin que d'une autorisation initiale, qui est générale et qui peut être d'ailleurs tacite et résulter de ce que le mari la laisse faire sans protester (2). Par la suite, elle pourra sans autorisation spéciale, en vertu

(1) Par exemple, Beaumanoir, *Coutume du Beauvoisis*, XLIII, 22.

(2) En supposant que les deux époux sont majeurs, sinon il y aurait

de l'habitation initiale, procéder aux différentes opérations de son commerce (art. 4, C. com.). Et c'est là le seul système possible à raison des nécessités du négoce.

D'après la plupart des auteurs, l'art. 4 établit un système spécial pour la commerçante, et qui se suffit à lui-même. C'est ainsi que les art. 219 et 222 Code civil ne seraient pas applicables. L'autorisation de justice ne pourra donc pas, contrairement au droit commun, suppléer celle du mari, si celui-ci refuse ou est dans l'impossibilité de la donner. Les tribunaux, au contraire, ne distinguent pas et appliquent les art. 219 et 222, à condition toutefois que la femme soit séparée de biens. Le consentement du mari est toujours révocable, mais il n'est pas douteux que les tribunaux ont le pouvoir d'examiner si le retrait est légitime ou ne constitue pas un abus de la part du mari.

Une fois autorisée, la femme va pouvoir librement procéder aux différentes opérations de son négoce et à tous autres actes que ce dernier pourrait rendre utiles : vente, achat, emprunt, hypothèque. Elle pourra, par exemple, acheter une usine, un immeuble, pour y installer son commerce. Sa capacité est donc plus grande que celle du mineur, qui, s'il peut hypothéquer un immeuble à raison de son commerce, ne peut le vendre (art. 6, C. comm.). Le gage de ses créanciers commerciaux sera le même que si pour chaque acte était intervenue une autorisation spéciale. Si le régime est la communauté, ils pourront donc poursuivre la femme, la communauté et le mari ; mais s'il y a régime dotal, ils se verront opposer l'insaisissabilité des biens dotaux.

lieu à d'autres formalités. Voir Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial*, t. I, n° 246 et s.

La capacité de la femme commerçante n'était pas du reste sans restriction. L'art. 215 prescrivait que la femme ne pourrait ester en justice (et par conséquent compromettre) sans être autorisée par son mari ou la justice. Ce qui était unanimement critiqué, il y avait là une disposition gênante et inexplicable. Si générale que pouvait être l'autorisation initiale, on estimait qu'elle ne pouvait comprendre, à moins de le faire expressément vu sa gravité, le droit de former une société avec un tiers. Une autorisation spéciale était donc encore nécessaire sur ce point. En troisième lieu une jurisprudence constante annulait, sans se baser sur aucun texte, toute société formée entre époux.

Mais la capacité si grande dont jouissait la commerçante, n'existait qu'en ce qui concerne son commerce. Pour tous autres actes le droit commun s'appliquait : la femme était incapable. La question de savoir si un acte passé par la femme concernait ou non son négoce était donc très importante, la validité de cet acte étant en jeu. Il est vrai que sur ce point s'appliquait la présomption de commercialité, les actes de la femme comme ceux de tout autre commerçant étant, par extension de l'art. 638, alinéa 3, présumés relatifs à son commerce. La preuve contraire est admise contre cette présomption et il peut y avoir des questions délicates à trancher (1). Si les gains que la femme avait pu retirer de son commerce étaient capitalisés, elle perdait tout à coup, au moins sous la communauté, jusqu'au droit de les administrer ; elle, qui avait eu pour les créer les pouvoirs les plus larges. Pour conserver son action sur eux

(1) Le tribunal de Chambéry a jugé, par exemple, que la femme autorisée à exploiter un café pouvait par là même le vendre ; même si le prix était stipulé payable en partie en rente viagère. Chambéry, 26 juillet 1864 (*Jour.*, arron. Grenoble et Chambéry, 1864, p. 230).

elle n'avait qu'un moyen, les employer dans son commerce à agrandir ou embellir son établissement, à augmenter son capital. Il y avait à cela du reste un péril, c'était unir le sort de tous les gains et économies à celui, assez aléatoire, du fonds de commerce.

Rappelons pour finir, que la femme séparée de corps pouvait, depuis la loi du 6 février 1893, entreprendre le commerce sans autorisation. Sa capacité en effet est depuis lors complète, et l'effet de la dotalité subsiste seul.

Examinons maintenant en quoi cette capacité a été modifiée par la loi du 13 juillet 1907. Et d'abord, l'autorisation maritale est-elle toujours nécessaire pour que la femme puisse entreprendre un commerce ; ou tout au moins la justice a-t-elle reçu le pouvoir de suppléer le mari ? La loi est muette sur ce sujet. Le besoin d'une disposition expresse qui eût mis fin au différend qui divise la doctrine et la jurisprudence, se faisait pourtant vivement sentir ; et les législations étudiées au sujet de la réforme en donnaient d'excellents exemples, qu'il n'y avait qu'à suivre. A la Société d'Etudes législatives notamment, on fit valoir plusieurs fois l'opportunité d'une réforme en cette matière. Le rapporteur, M. Tissier, avait dit que la protection du salaire implique la protection préalable du droit de travailler (1). MM. Guillouard (2) et Geny (3) parlèrent dans le même sens. Le projet de M. Morizat-Thibault (art. 1, parag. 2) donnait au juge de paix le droit d'autoriser la femme en cas de refus du mari (4). Différents systèmes étaient possibles et avaient été proposés. Le droit d'autoriser pouvait être attribué au

(1) *Bull. Soc. d'ét. légis.*, t. I, p. 49.

(2) *Idem*, p. 69.

(3) *Idem*, p. 331.

(4) *Idem*, p. 204.

juge de paix, ou mieux, ainsi que le proposait M. Guillaouard, au Président du Tribunal civil. On pouvait concevoir également l'intervention d'un conseil de famille avec homologation du Tribunal civil, comme cela se fait (art. 2, Code comm.) pour le mineur qui n'a ni père ni mère. On pouvait tout simplement, et c'est ce qui aurait été de beaucoup préférable, étendre à la matière l'art. 229 Code civil qui est le droit commun pour l'autorisation de la femme par justice (1).

Mais la question ne fut pas soulevée dans les rapports qui suivirent ni lors des discussions, ce qui explique le silence du texte, duquel il semble que l'on doive conclure au maintien du système antérieur. Le législateur s'est cantonné strictement dans la question des droits à accorder à la femme sur les produits de son travail, sans examiner la façon dont elle peut les acquérir. Par conséquent, d'après la doctrine dominante (2), l'autorisation du mari est dans tous les cas nécessaire et elle est seule possible. Ce qui résulte, pour elle, de ce que l'art. 4 C. comm. ne parle que de l'autorisation du mari et passe sous silence celle de justice. Il renvoie *in fine* à différents articles du Code civil qui se rapportent à l'autorisation du mari : à l'art. 215, 217, 220 en sautant les articles 218 et 219 qui sont justement ceux qui donnent à

(1) Les législations étrangères présentent sur ce point une grande diversité de dispositions. Tandis que dans la plupart l'autorisation du mari ou de justice doit être antérieure au commencement du commerce, et est donc préventive, elle est en Allemagne répressive. La femme peut l'entreprendre sans autorisation, sauf droit d'opposition du mari et recours de la femme devant le tribunal des tutelles en cas d'abus de ce dernier.

(2) Demolombe, t. IV, n° 240 ; — Laurent, t. III, n° 135 ; — Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 250 ; — Aubry et Rau, t. V, p. 145, § 472. Contra Locré qui admet l'autorisation de justice dans tous les cas : *Esprit* du Code de commerce sur l'art. 4.

la justice le pouvoir d'autoriser la femme en cas de refus du mari ; l'art. 219 visant un acte quelconque et l'art. 218 spécialement l'action en justice. En outre, l'art. 4 C. comm. établit, dit-on, un système spécial qui n'a rien de semblable dans le Code civil (où la question avait été réservée) ; et qui, par conséquent, se suffit à lui-même. L'on ne peut donc le compléter sans texte en appliquant à cette matière les articles 418 et 419 du Code civil qui ne parlent que d'actes isolés, « une action en justice », « un acte », et qui ne sauraient par conséquent convenir à une autorisation qui, elle, vise l'ensemble des actes nombreux et indéterminés que nécessite le commerce. Les travaux préparatoires sont, de plus, nettement favorables à cette thèse. Il y est dit expressément que l'autorisation du mari ne saurait être suppléée.

D'après les auteurs, ce système se justifie aisément. Le mari seul peut, en connaissance de cause, prendre une décision sur ce grave sujet ; les juges ne seront jamais qu'insuffisamment renseignés sur les aptitudes de la femme au négoce. C'est ensuite une des conséquences des droits qu'a le mari sur la personne de sa femme. Il peut et il doit surveiller ses relations, régler son genre de vie et, s'il l'estime nécessaire, empêcher qu'elle ne vive, par l'effet d'une profession, en contact continuuel avec le public.

De plus, il y aurait une autre raison, d'après certains auteurs, de rejeter ici l'autorisation de justice, c'est que l'art. 5 C. comm. dit que la femme, à raison de son commerce, engage, s'il y a communauté, son mari et la communauté. L'article ne paraissant pas supporter d'exceptions, il est inadmissible que la justice, contrairement aux principes habituels, ait le pouvoir d'obliger la communauté et le mari. Mais sous la séparation de biens, certains de ces auteurs admettent parfaitement l'intervention de justice, puis-

qu'alors les actes de la femme ne peuvent plus réfléchir contre le mari (1).

La jurisprudence reconnaît au tribunal le droit d'autoriser la femme à faire des actes de commerce isolés (2) et en cela elle est d'accord avec la doctrine, il n'y a là qu'une application de l'article 219 Code civil. Mais contrairement à cette dernière, elle lui reconnaît ce droit même lorsqu'il s'agit d'autoriser la femme à faire le commerce; que le mari refuse l'autorisation ou qu'il soit hors d'état de la donner. Malgré quelques arrêts contraires, cette jurisprudence est aujourd'hui bien établie (3), et c'est peut-être ce

(1) Thaller, *Manuel de Droit commercial*, p. 102; l'impossibilité pour la justice d'autoriser à une limite : quand la femme a l'administration de ses biens; dans le même sens. Pic, *Revue trimestrielle de Droit civil*, année 1907, p. 487.

(2) Tribunal Lyon, 16 janvier 1869 (D. P. 69, 3, 29).

(3) Décisions ayant accordé l'autorisation de faire le commerce : Paris, 24 oct. 1844 (S. 44, 2, 581) (J. G. Commerçant, 177).

Rouen, 3 déc. 1858 (D. P. 60, 1, 87).

Grenoble, 27 janv. 1863 (D. P. 63, 5, 38).

Paris, 3 janv. 1868 (D. P. 68, 2, 28). D'autres arrêts ont reconnu implicitement la validité de cette autorisation (non contestée d'ailleurs dans ces espèces particulières) en assimilant ses effets à ceux de l'autorisation maritale. Requ., 9 nov. 1859 (D. P. 60, 1, 87), et Lyon, 28 juin 1866 (D. P. 66, 2, 244). Cette autorisation est même fréquemment accordée par le jugement même qui prononce la séparation de biens. Paris, 7 juillet 1860, (J. G. Supp. Commerçant, 86).

Cass., 17 janv. 1881 (D. P. 81, 1, 225).

Caen, 4 déc. 1844 (D. P. 45, 4, 470).

Saint-Etienne, 31 juillet 1880. Sous Cassation, 17 janv. 1881 précité.

Si le mari est interdit : Bordeaux, 16 juin 1869 (D. P. 70, 2, 34). Cass., 30 janv. 1877 (D. P. 77, 1, 348).

Par contre, quelques arrêts ont décidé que l'autorisation du mari ne pouvait être suppléée par celle de justice même après séparation de corps (avant 1893) ou séparation de biens.

Tribunal Lyon, 16 janv. 1869 (D. P. 69, 3, 29). Lyon, 13 mars 1869 à la suite du précédent. Lyon, 14 août 1872 (J. G. Supp. Commerçant, 80). Il est vrai que ces trois décisions ont été rendues à trois ans de distance,

qui donnait à penser au législateur que son intervention en cette matière n'était pas nécessaire. Il y a au système de la jurisprudence, une très grave restriction : les arrêts n'accordent l'autorisation qu'aux femmes séparées de biens (et avant la loi du 6 février 1893 aux femmes séparées de corps).

Ces arrêts disent appliquer le Droit commun contenu dans l'article 219 C. c., qu'aucun texte n'empêche expressément d'appliquer à l'autorisation de la femme qui veut entreprendre un commerce. Les dispositions du Code civil complètent ceux du Code de commerce. D'ailleurs au milieu des articles du Code civil qui règlent la matière, l'art. 220 parle de la commerçante, cette place est significative et prouve bien que l'ensemble des textes lui est applicable. Il y a tendance dans la jurisprudence à ne même plus discuter la possibilité de l'autorisation de justice dans ce cas. Voici par exemple quelques attendus d'un Jugement du Tribunal civil de Lyon statuant en chambre du Conseil, qui autorisait la femme d'un aliéné à faire le commerce. « En effet, si, aux termes de l'art. 4 Code comm., le consentement du mari semble nécessaire, il est aujourd'hui de jurisprudence certaine que ce texte ne fait pas échec à l'application des principes du Droit commun et qu'il y a lieu notamment de le compléter par les art. 219 et 222 Code civil (1). » Remarquons que s'il s'agissait dans l'espèce d'un aliéné, cas auquel s'appliquait l'article 222, le tribunal parle également de l'art. 219, d'où l'on peut conclure que la solution eût été la même s'il y avait eu de la part du mari refus d'autorisation.

peut-être par les mêmes juges. Dans le même sens, Trib. Com. Saint-Etienne, 2 juin 1898 (La loi du 29 juillet 1898).

(1) Tribunal civil de Lyon, 5 mars 1908, cité par *Annales de Droit commercial*, 1909, p. 155 (Mois judiciaire de Lyon, 29-30), et le Droit, 3 avril 1908.

La meilleure justification de la Jurisprudence n'est d'ailleurs pas dans les textes. C'est la nécessité absolue où se trouvent les juges d'intervenir utilement dans des cas criants ; et les partisans de la doctrine dominante ne sont par loin d'approuver la jurisprudence (1). Il faut reconnaître qu'en face des considérations pratiques urgentes qui dictent ces décisions, les justifications de la doctrine sont singulièrement faibles. Le mari seul, dit-on, peut décider en pleine connaissance de cause si sa femme est apte ou non à faire le commerce. Mais s'il est absent, aliéné, si une séparation de fait existe entre les époux, si de toute évidence il est de mauvaise foi ; la femme y a-t-elle sans espoir possible être empêchée d'entreprendre un négoce nécessaire peut-être à la subsistance de la famille ? Le mari sera entendu par le tribunal, s'il a de bonnes raisons pour ne pas autoriser sa femme, il n'a qu'à bien s'expliquer et voilà les juges aussi renseignés que lui. Quant au deuxième argument, celui du pouvoir du mari sur la personne de sa femme, il n'est pas plus utile d'y insister : l'abus en est inadmissible.

Mais à cette jurisprudence si excellente à certains points, on peut reprocher de s'être arrêtée en route, et d'être illogique : elle déclare bien le droit commun applicable à l'autorisation pour faire le commerce, mais elle ne l'applique qu'à demi : elle autorise les femmes seulement lorsqu'elles sont séparées de biens et non sous les autres régimes. Or, le droit commun c'est que la justice peut autoriser sous tous les régimes, sauf aux créanciers de la femme à ne pas avoir d'action sur la communauté (art. 1426 C. c.). Et si les juges autorisaient une femme

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, I, p. 289

commune en biens à faire le commerce, ce qu'ils ont l'air de craindre n'arriverait pas ; la communauté ne serait pas obligée par ses actes commerciaux. La jurisprudence ne peut en effet soutenir logiquement que l'art. 5 C. com., qui dit que la femme pour son commerce oblige la communauté et le mari, ne souffre pas d'exceptions ; alors qu'elle en admet bien pour l'art. 4 C. com., qui, comme l'art. 5, semble pourtant les exclure. Si elle admet pour l'un l'intervention de justice, il faut pour le second en admettre les conséquences. Il faut donc conclure avec MM. Lyon-Caen et Renault que « si la femme peut être autorisée par justice à faire le commerce, le mari ne saurait être tenu des conséquences de cette autorisation sous quelque régime que ce soit (1) ». Le système des arrêts en donnant deux interprétations différentes de deux articles qui n'en comportent qu'une seule, reconnaît par là même qu'un des deux a été transgressé (2). L'un des grands inconvénients du système de la jurisprudence est d'exclure les femmes pour lesquelles l'autorisation de justice serait, à raison de leur nombre et de leur condition modeste, la plus nécessaire : toutes les femmes mariées sans contrat de mariage.

Une intervention législative en cette matière est donc toujours nécessaire et l'on peut d'autant plus regretter que la loi du 13 juillet 1907 n'ait pas apporté de remède à la

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, I, p. 299.

(2) Les auteurs et la jurisprudence distinguent aussi selon la profession que vise la femme. Quand ce n'est pas le commerce, il y a tendance à admettre sans discussion l'autorisation de justice suppléant celle du mari Paris, 7 juillet 1860, (*Gaz. Trib.* du 20 juillet 1860), Paris, 3 janvier 68 (D. P. 68, 2, 28). En sens contraire, Seine, 2 mars 1887 (S. 87, 2, 117). Il y a pourtant mêmes raisons. Cette solution s'explique évidemment parce que pour les professions commerciales seulement, la question de l'action des créanciers de la femme sur les biens du mari et de la communauté est pratique.

situation, qu'elle la rend singulièrement plus mauvaise. Car aujourd'hui plus que jamais le mari a de nombreux et puissants motifs pour ne pas donner cette autorisation. Tandis qu'auparavant le mobile était ordinairement une idée de vexation, ce sera maintenant l'intérêt. Il donnait jadis d'assez bonne volonté une autorisation qui lui permettait d'espérer des gains, dont il avait l'administration et la jouissance ; mais aujourd'hui ces gains lui échappent et, même sous le régime de communauté, il n'est pas sûr d'en avoir jamais sa part ; et il ne peut, en tous cas, la toucher qu'à la dissolution de la communauté. De plus, les gains qui lui sont enlevés représentent pour la femme une indépendance d'action quasi absolue, puisqu'elle pourra, sauf les donations qui lui restent interdites et sauf abus de sa part, les administrer et en disposer à son gré sans se soucier de la puissance maritale. En sorte qu'à l'indépendance pécuniaire de la femme correspond une diminution des pouvoirs du mari sur la personne. En résumé, si la loi nouvelle donne à la femme de très grands pouvoirs sur les produits de son commerce, elle laisse la clef qui donne accès à cette capacité aux mains du mari, contre qui elle est justement dirigée. On peut donc estimer que le système de l'art. 4 tel que l'entend la doctrine et même la jurisprudence, est inconciliable avec le système des biens réservés et ne saurait être maintenu, puisqu'il met obstacle à l'application de la loi du 13 juillet 1907 (1).

Signalons, pour finir, un cas particulièrement choquant :

(1) Il semble qu'on puisse se servir en cette matière de la théorie de jour en jour plus hardie dans ses applications de l'abus de droit. Ainsi que l'a déclaré un arrêt de cassation du 8 novembre 1905 (S. 1907, 1, 145) qui a refusé d'annuler un acte non autorisé du mari, les droits du mari sont destinés à assurer la protection de la femme et on ne peut tolérer qu'il les détourne de leur but. C'est un raisonnement qui s'applique à notre matière.

celui de la femme qui, par son travail, est parvenue à amasser une certaine quantité de biens réservés. L'art. de la loi dit qu'elle en aura le libre emploi; cela n'est pas vrai, comme nous le verrons plus loin, si l'emploi qu'elle choisit est le commerce. Le mari pourra l'en empêcher même par un refus illégitime.

L'autorisation du mari est toujours révocable, même si a été donnée par contrat de mariage, l'art. 4 dit en effet que la femme ne peut être commerçante qu'avec le consentement du mari, ce qui implique que si celui-ci vient à faire défaut le commerce doit cesser. Le retrait de l'autorisation est du reste très généralement reconnu susceptible d'être apprécié et rejeté au besoin par la justice (2). Le retrait de l'autorisation maritale est encore possible aujourd'hui; c'est une question que la loi du 13 juillet 1907 n'a pas même examinée. Le contraire a été cependant soutenu par M. Valéry qui pense qu'à ce système a été substitué celui de l'art. 2, alinéas 1 et 2, la première disposition restreignant, la seconde étendant les droits du mari. En sorte que maintenant il faudrait que le mari fasse prononcer le retrait par la justice et il devrait invoquer pour l'obtenir de justes motifs (en l'occurrence des abus de la femme); mais il pourrait, par contre, s'opposer aux actes que la femme se propose de passer avec des tiers, en y étant autorisé par ordonnance de référé. Il y a là, de la part de M. Valéry, une méprise évidente: l'art. 2 ne parlant que du retrait des pouvoirs qui sont conférés à la femme dans l'intérêt du ménage (2). Or, parmi ces pouvoirs n'est pas celui de faire le commerce qui a une source toute différente: l'autorisation du mari; et cela,

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, 1, n° 251.

C'est en ce sens que décident les travaux préparatoires du Code.

(2) Valéry, *Annales de Droit commercial*, 1907, p. 397.

même lorsque le fonds de commerce se compose principalement ou uniquement de biens réservés.

Si la femme a fait le commerce sans autorisation maritale, qu'advient-il ? Avant 1907 les deux conséquences suivantes n'étaient pas douteuses. D'abord la femme n'était pas commerçante. Les différentes institutions inhérentes à cette condition ne lui étaient pas applicables ; elle ne pouvait être mise en faillite ou en liquidation judiciaire, ni condamnée pour banqueroute simple ou frauduleuse. De plus, tous les actes qu'elle avait pu passer en cette qualité étaient nuls, comme tous actes d'une femme non autorisée. Soit le mari, soit la femme pouvaient en demander la nullité. Aujourd'hui la première des conséquences subsiste sans aucun doute : elle ne sera pas commerçante. Mais ses actes seront-ils nuls ? Il semble qu'il faille faire une distinction. Il n'est pas douteux que ses obligations sont sans effet sur les propres non réservés, les biens de la communauté ou du mari ; mais elles ont au moins effet sur les biens réservés. Il y a là une masse de biens dont elle peut disposer en toute liberté, ainsi que nous le verrons plus loin. Elle peut les engager, les hypothéquer sans intervention aucune du mari ; tous ses créanciers peuvent les saisir. Il y a donc là une grave modification à la situation de la femme qui fait des actes de commerce sans l'autorisation, ou malgré l'interdiction de son mari. Ces actes autrefois radicalement nuls peuvent être maintenant très utilement passés. Il suffit que la femme ait des biens réservés ; et suffisamment pour inspirer confiance aux tiers par eux seuls, puisque le refus du mari la rend sans pouvoir sur le reste de sa fortune. Dans ce cas, avec ce gage restreint (et dans bien des ménages ce qu'elle gagne par son labeur est la seule fortune de la femme), elle pourra exercer un commerce aux yeux du mari impuis-

sant à l'en empêcher ; et cela, ce qui est extrêmement curieux, sans avoir la qualité de commerçante. Toute la question est donc pour la femme de pouvoir offrir aux tiers un gage en biens réservés suffisant pour les rassurer et les amener à contracter en considération de ces seuls biens. Ce gage s'augmentera du reste par les gains qu'elle pourrait ainsi réaliser (1).

Que pourra faire le mari ? Un cas ne fera pas de difficulté, c'est celui où la femme fait, par suite de son inexpérience ou de son imprudence, de mauvaises affaires, dissipant peu à peu son patrimoine réservé. Il y aura abus par la femme des pouvoirs qui lui sont donnés par la loi de 1907 ; le mari invoquera l'art. 2 qui vise ce cas, obtenant de justice le retrait des pouvoirs de la femme et parmi eux celui de s'obliger librement. Elle sera redevenue incapable sur la totalité de son patrimoine. Mais si elle est habile et que son commerce se trouve en pleine prospérité ? L'art. 2 est alors inapplicable et l'on ne voit pas comment le mari pourrait triompher de la résistance de son épouse. L'art. 213 du Code civil dit bien que la femme doit obéissance à son mari. L'état de nos mœurs répugne à ce que cet article soit sanctionné par la force publique, et il est douteux que dans ce cas le mari obtienne la fermeture de l'établissement de sa femme.

(1) Il semble bien que tout ce que nous venons de dire est étranger aux femmes exerçant une profession non commerciale. Lorsque, par exemple, un contrat de louage de service aura été passé sans l'autorisation du mari, ce dernier pourra évidemment en obtenir la nullité. La différence entre les deux situations vient de ce que dans le premier cas on a un contrat intéressant les biens et que l'on conçoit aisément qu'il donne action sur une partie seulement d'un patrimoine ; tandis que l'on ne comprend pas un contrat de louage à la fois valable et nul à l'égard d'une même personne.

SECTION II

Capacité de la commerçante sur ses gains.

Sous tous les régimes la femme se voit attribuer par la loi, sur les produits de son travail, une capacité presque absolue. L'art. 1 dit bien qu'elle aura les mêmes droits d'administration que l'article 1449 du Code civil donne à la femme séparée de biens. Mais l'énumération qui suit montre clairement que cette assimilation est inexacte, et que cette capacité ressemble plutôt à celle de la femme séparée de corps. Aucune des restrictions applicables à la femme séparée de biens ne la concerne en effet. Elle peut faire tous actes d'administration, même ceux qui conduisent à l'aliénation : baux de plus de neuf ans, conversion de titres nominatifs en titres au porteur. Elle pourra faire emploi de ce qu'elle gagne tout à sa guise en valeurs mobilières ou en immeubles. Bien plus, elle peut disposer de ses biens réservés en toute liberté et sans aucune autorisation de son mari, des immeubles aussi bien que des meubles ; et sans que ces actes aient besoin d'être nécessaires à l'administration. L'art. 6 lui donne en outre le droit d'ester en justice sans autorisation dans toutes les contestations relatives aux droits qui lui sont reconnus par la loi de 1907.

Il y a une seule restriction, les donations lui sont interdites ; c'est le seul acte pour lequel l'autorisation maritale lui soit encore nécessaire. L'on peut à ce sujet regretter que la loi n'établisse pas d'exception en faveur des enfants.

Il est vrai que l'on a soutenu que lorsqu'il s'agissait d'enfants communs, la donation à eux faite en vue de leur établissement devait être considérée comme une charge du ménage et permise à ce titre (1). Mais de toute façon c'est un acte à titre gratuit et comme tel interdit à la femme. Elle a l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses gains; elle est également capable de s'obliger sur eux en toute liberté. Ce dernier droit lui était nécessaire et est le complément logique et inévitable du droit d'aliéner. Il a bien été soutenu, il est vrai, qu'elle ne pouvait s'obliger librement (2). Le législateur ne lui aurait pas donné de pouvoirs généraux mais aurait procédé par voie d'énumération. Et le texte doit, par conséquent, s'interpréter restrictivement. On aurait donc ainsi une situation bizarre et unique dans notre droit : celle d'une personne qui, pouvant aliéner, ne peut s'obliger. L'on ne peut en effet objecter que telle est la condition de la femme dotale; l'aliénation à charge de remploi équivalant, en somme, à un échange. L'opinion contraire est du reste très généralement admise. Les travaux préparatoires ne laissent en effet aucun doute. C'est un des pouvoirs dont on a voulu spécialement doter la femme et sans lequel la réforme eût été vaine. Cela a été énoncé lors des discussions et des projets s'expliquent même expressément sur ce point (3). Le texte de la loi ne laisse du reste

(1) Pichon, *Du libre salaire de la femme mariée*, p. 35. (Nous citons toujours M. Pichon, d'après la brochure et non d'après l'article paru dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence* dont elle est la reproduction.)

(2) Portemer, *Thèse*, Paris, 1909, p. 36. Deschamps, *Thèse*, Paris, 1909, p. 44. Portemer ne lui reconnaît le droit de s'obliger que lorsque cela est nécessaire pour les besoins de l'administration.

(3) M. Tissier, lors de la discussion à la Société d'Etudes législatives (*Bulletin*, p. 46) dit que la suppression totale de l'incapacité de la femme était fort logique, non pas parce qu'elle se rattachait nécessairement à la

pas de doute. L'art. 3, § 1, dit que « les biens réservés à l'administration de la femme pourront être saisis par ses créanciers » et ne fait donc aucune distinction. Cet article n'a évidemment pas été écrit spécialement pour les créanciers de la femme autorisée pour lesquels c'était bien inutile de dire. Le dernier alinéa du même article n'est pas moins clair quand il suppose l'existence d'obligations contractées par la femme sans autorisation et autrement que dans l'intérêt du ménage.

On remarque, chez les commentateurs de la loi de 1907, une tendance assez prononcée, tout en reconnaissant à la femme la faculté de s'obliger, de ne l'admettre que dans l'intérêt du ménage (1), les biens réservés seraient grevés, ainsi que l'a dit M. Saleilles, d'une affectation domestique. On se base pour cela sur le membre de phrase de l'art. 2 « En cas d'abus par la femme des pouvoirs qui lui sont conférés dans l'intérêt du ménage... » Mais il y a là une méprise évidente. Ce n'est pas la même chose de dire que dans l'intérêt bien entendu du ménage, on donne à la femme pleine capacité, dont elle est présumée devoir faire bon usage; et que, d'autre part, l'on donne à la femme pouvoir de s'obliger seulement dans l'intérêt du ménage. La phrase de l'art. 2 est placée là pour justifier la possibilité d'un retrait de pouvoirs;

capacité de disposer mais parce que dès lors qu'il n'y avait plus d'administration du mari, il ne devait plus y avoir incapacité de la femme. C'est le système allemand où la femme est capable en principe, sauf les effets des droits accordés au mari sur ses biens. Dans le sens de la capacité de s'obliger : Projet Tissier, article 3 (*Bulletin*, p. 55), Projet Grosjean, art. 3, § 1 (*J. O.*, Chambre 1905, Annexes, n° 2280, p. 443).

(1) Léon Lyon-Caen, *Annuaire de Législation française*, t. XXVII, année 1908, p. 191 et 2. « On doit se demander si la disposition de l'art. 2 ne limite pas à l'excès les pouvoirs de la femme et n'en arrive pas en fait à exiger qu'elle ne dispose de ses biens réservés que pour les besoins du ménage ».

et l'on ne voit pas, du reste, si l'explication contraire était exacte, comment il pourrait y avoir abus des droits de la femme. Si elle ne pouvait agir que dans certains cas limitativement déterminés, dans toutes les autres elle agirait sans droit, ses actes seraient nuls et la procédure de l'art. 2 dès lors inutile. La question fut examinée à la Société d'Etudes législatives, où M. Tissier combattit la disposition de la loi belge qui ne donne à la femme le droit de s'obliger que pour les besoins du ménage (1). M. Turgeon dit également qu'il ne croyait guère à l'efficacité positive de la réserve écrite dans le texte belge, qui ne pouvait avoir qu'une valeur de conseil (2).

D'après la loi nouvelle, la femme n'a pas seulement la jouissance et la disposition des fruits de son travail ; elle a, bien entendu, les mêmes droits sur les revenus de ses biens réservés. Si elle les économise, elle pourra les placer de nouveau sans qu'ils perdent pour cela la qualité de biens réservés. Il y aura de ce fait parfois des difficultés inextricables. On n'a qu'à supposer une femme séparée de biens qui a à la fois l'administration et la jouissance de ses propres et de ses biens réservés. Les revenus en provenant se mêleront en une même masse, dans laquelle ils perdront toute individualité. Une partie en sera dépensée, l'autre placée, et l'on sera bien embarrassé pour déterminer la qualité du bien ainsi acquis : en effet, il est à la fois composé de revenus propres et réservés. On pourra peut-être déterminer la mesure exacte dans laquelle le bien ainsi acquis contient de biens réservés et de biens propres. Il suffirait d'admettre, pour cela, que les sommes dépensées étaient composées de

(1) *Bull. Soc. d'Et. Légis.*, 1901, p. 49.

(2) *Bull. Soc. d'Et. Légis.*, p. 74.

chacune des deux sortes de biens, et cela proportionnellement à leur quantité dans le revenu total de la femme. Si, par exemple, les biens réservés entrent dans ce revenu pour les deux tiers, ils seront présumés être entrés dans les dépenses pour deux tiers également. De sorte que si le reliquat du revenu est placé, les biens propres auront contribué à l'achat des biens et valeurs pour un tiers et les biens réservés pour le reste. Mais sur les biens ainsi acquis, qui ont une provenance mixte, quelle va être la capacité de la femme ? Elle a en effet des pouvoirs inconciliables sur les deux éléments qui les composent. Le problème est du reste général et ne se pose pas seulement dans le cas d'achats faits avec des revenus de source différente.

Les mêmes difficultés s'élèvent également, bien entendu, lorsque ce sont des capitaux propres et réservés qui ont été employés à une acquisition quelconque. Dans tous les cas la question soulevée est la même : Le patrimoine de la femme se subdivise en deux patrimoines secondaires. Sur l'un elle a pleine capacité, sur l'autre une capacité restreinte ; qui, sous la communauté, se réduit au droit de consentir les aliénations que le mari, qui a l'administration et la jouissance de ces biens, peut vouloir faire. Comment concilier ces deux capacités ? La solution a un grand intérêt pratique, les faits prévus seront fréquents ; car il sera bien difficile à la femme de conserver les deux masses de biens absolument distinctes, et presque fatalement elles s'enchevêtreron. Plusieurs solutions viennent à l'esprit. On pourrait admettre que les deux capacités s'exerceront sur ces biens dans la mesure du possible. Si cela est, du reste, fort logique, ce ne serait pas sans de graves inconvénients pratiques. Si c'est un immeuble qui a été acheté, par exemple : il y a indivision entre les deux patrimoines de la femme ; cette dernière

pourra alors librement vendre la portion de cet immeuble représentant les capitaux réservés : la moitié, si ils sont entrés pour moitié dans l'achat. Il est préférable de chercher une solution qui aboutisse à l'unité de capacité : C'est ainsi que l'on pourrait poser en règle que du moment que les biens réservés sont unis à d'autres biens sur lesquels l'incapacité de la femme, c'est-à-dire le droit commun, subsiste, cette dernière doit l'emporter. On arriverait avec cette solution à des résultats extrêmement choquants. Une quantité minime de biens propres entraînant l'incapacité de la femme sur une importante valeur réservée. Il est également impossible de faire ici application de la maxime « *major pars trahit ad se minorem* » et de déclarer le bien acquis propre ou réservé, suivant que l'un ou l'autre des deux patrimoines a fourni la plus grande part du prix d'achat. Cette maxime n'est en effet reproduite dans aucun texte et est par conséquent sans force dans notre droit. Elle laisse d'ailleurs subsister des difficultés lorsque, comme il peut arriver, les biens ou valeurs contiennent une quantité à peu près équivalente de propres et de réservés.

A défaut de critérium fixe, on sera donc finalement réduit à s'en rapporter à la volonté expresse ou présumée des parties. Il n'est pas douteux, en effet, que c'est un point qu'elles peuvent régler : l'opération s'analyse en un prêt fait à l'un des patrimoines de la femme par l'autre, il s'agit alors de savoir lequel des deux ; le mari et la femme, ont voulu constituer débiteur de l'autre. Si c'est par exemple le patrimoine réservé qui est considéré comme ayant acquis un bien partie avec ses propres ressources, partie avec ce qu'il a reçu du patrimoine propre ; la femme aura sur la totalité du bien ainsi acquis les pouvoirs que lui donne la

loi de 1907 ; mais elle sera débitrice envers la masse propre de la somme reçue de cette dernière.

Tout le système proposé repose donc sur l'existence de deux patrimoines différents appartenant tous deux à la femme, qui a sur eux des pouvoirs inégaux ; et sur la possibilité entre eux d'actes juridiques : l'un pouvant se trouver débiteur ou créancier de l'autre. Il y a là, en définitive, une question de récompense entre eux.

Si les parties ne se sont pas expliquées sur ce qu'elles ont voulu faire, il faudra rechercher alors leur commune intention ; la femme aura voulu par exemple se débarrasser du souci de l'administration de ses biens réservés en les assimilant à ses biens propres, soumis, sous le régime de communauté, à l'administration du mari. Le mari, au contraire, aura pu abandonner ces biens propres à l'administration de la femme. Ce sera une question de fait. C'est ici que la maxime *major pars trahit ad se minorem* pourra s'appliquer, mais en tant que simple présomption et non comme règle de droit. On voit sans peine, que le problème sera bien souvent infiniment difficile à résoudre.

SECTION III.

Emploi des biens réservés en achats d'un fonds de commerce.

Le pouvoir que l'article 1 donne, sans restrictions, à la femme de faire emploi comme elle l'entend de ses biens réservés fait naître une importante question. La femme qui achètera un fonds de commerce avec ses biens réservés fait-elle là un des emplois prévus par l'art. 1 ; en sorte qu'elle

n'a pas besoin, dans ce cas, de l'autorisation de son mari pour entreprendre un commerce? L'art. 1 de la loi de 1907 établit-il cette grave exception à l'art. 4 Code comm.?

On l'a soutenu; M. Pichon, notamment, estime que la liberté absolue que la loi a laissée à la femme pour l'emploi de ses gains et salaires ne supporte aucune restriction, pas même celle de l'autorisation pour faire le commerce (1). En sorte que, d'après cette théorie, la femme n'a plus besoin d'être autorisée par son mari pour entreprendre un commerce lorsqu'elle n'y emploie que ses gains et économies. De même, si elle s'était munie de l'autorisation de l'art. 4, et que le consentement du mari toujours révocable vienne par la suite à faire défaut, elle pourra avec ses seuls biens réservés, s'ils sont en quantité suffisante, continuer le commerce entrepris.

Il faut donc examiner quelle est la nature exacte du commerce et l'on voit immédiatement que c'est plus qu'un emploi: c'est une profession. Or, si la loi permet le libre emploi, elle ne dit rien de pareil pour la profession.

Cette loi ne fait pas, de plus, disparaître les raisons qui nécessitent l'autorisation du mari. Celle-ci est au plus haut point, dans le cas de l'art. 4 C. comm., une des conséquences du pouvoir du mari sur la personne de sa femme, et ce qui le prouve bien c'est que la justice qui a le pouvoir de suppléer ce dernier lorsqu'il s'agit d'intérêts purement pécuniaires est dans ce cas impuissante, d'après la doctrine dominante. Or, la loi s'est cantonnée si strictement dans la question des droits à accorder à la femme sur ses gains, sans examiner comment elle pouvait les acquérir, qu'elle n'a pas même songé à donner à la justice le droit d'ap-

(1) Pichon, *op. cit.*, p. 85.

précier le refus du mari d'autoriser sa femme ; ce qui eut été autrement urgent. Comment alors admettre que, dans un cas, elle a entièrement supprimé la nécessité de tout contrôle ? Ce qui, en définitive, n'est pas souhaitable. Le texte n'est, du reste, pas aussi favorable à la thèse de M. Pichon qu'il semble le dire : l'alinéa qui vise l'emploi porte : « Elle peut en faire emploi en acquisitions de valeurs mobilières ou immobilières ». Il ressort jusqu'à l'évidence, à la simple lecture de ce texte, que le législateur n'a eu en vue que d'autoriser des placements et non des entreprises.

Des considérations pratiques très fortes exigent d'ailleurs qu'il y ait unité en cette matière et que les mêmes conditions d'habilitation soient imposées à la femme mariée qui veut entreprendre un négoce, dans tous les cas, et sans distinguer selon la provenance des capitaux qu'elle y veut employer. Supposons en effet que, comme le veut M. Pichon, une femme commune en biens qui a par son labeur amassé une certaine quantité de biens réservés, puisse les employer dans un commerce sans l'autorisation et même contre le gré du mari. Qu'arriverait-il ? Ce dernier, impuissant à l'en empêcher, serait bien obligé d'en prendre son parti : il la laisserait faire. Mais alors les créanciers commerciaux de la femme verraient tout naturellement dans cette absence de protestation de sa part une autorisation générale tacite de faire le commerce : aussi poursuivraient-ils et le mari et la communauté par application de l'art. 5 Code commerce, et aussi les biens propres non réservés de la femme ; tous biens qu'elle n'avait pas la capacité d'engager, puisqu'en réalité elle a contracté sans autorisation ni spéciale ni générale du mari. Et l'on ne voit qu'un moyen pour le mari de se préserver, ainsi que la com-

munauté de la poursuite des créanciers commerciaux de la femme, c'est de porter à la connaissance des tiers que c'est sans son consentement qu'elle fait le commerce. Ce qui n'est guère pratique et ne pourrait pas être en tous cas opposé aux tiers qui n'ont pas eu connaissance de cet avis.

Par suite du silence de la loi sur ce point, il se présentera bien souvent des situations dignes d'intérêt. C'est le cas fréquent d'une ouvrière qui a fait quelques économies qui lui permettraient soit d'acquérir le fonds de sa patronne, soit de s'établir pour son propre compte. Ce qui lui sera impossible si le mari ne l'y autorise pas. Or, c'est là pour ces économies le placement normal et le seul utile; placées en valeurs ainsi que la loi le prévoit, elles seront de peu d'utilité alors que leur but, dans l'intention de la femme, était de lui permettre, d'ouvrière qu'elle était, de devenir petite patronne.

Ces intérêts si légitimes seraient sauvegardés si la loi avait réglementé et protégé, ainsi que cela a été demandé à plusieurs reprises à la Société d'Etudes législatives, le droit pour la femme d'entreprendre un commerce.

SECTION VI

Actes de commerce isolés. Gains d'un commerce antérieur au mariage. Gains d'un commerce antérieur à la loi de 1907.

Il importe de voir, spécialement en ce qui concerne le commerce, à quelles personnes et à quels biens la loi va

s'appliquer. Rappelons tout d'abord qu'en seconde délibération et contrairement à ce qui avait été admis jusque-là, les dispositions de la loi furent déclarées d'ordre public. Ce fut en effet sur la proposition de M. Maurice Faure que l'on inséra dans l'art. 1 les mots « et à peine de nullité de toute clause contraire portée au contrat de mariage » (1), tandis que jusqu'à ce moment les projets réservaient sur ce point la liberté des conventions matrimoniales. Ces quelques mots changent entièrement, et fort heureusement, la portée du système. Pour que la réforme fût efficace, son application ne devait pas être abandonnée au bon vouloir des parties.

Les gains du commerce de la femme seront bien réservés, qu'elle l'ait entrepris avec ou sans l'autorisation du mari et même si c'est à son insu et contre son gré. Il importe peu, également, que le commerce fait par la femme soit illicite ou immoral ; auparavant les gains en provenant tombaient en communauté, ils seront aujourd'hui biens réservés. Ce sera, par exemple, le cas de la femme qui a formé une société avec son mari, société plus tard déclarée nulle ; une jurisprudence constante la considérant, à tort ou à raison, comme illicite. De quelque façon que la liquidation en soit faite, les gains qui auront pu en résulter seront biens réservés. La loi s'applique-t-elle aux actes de commerce isolés ? On pourrait croire à première vue qu'il n'en est rien, l'art. 1 parlant de « la preuve d'une profession distincte de celle de son mari », ce qui peut faire croire que la loi exige, pour que les gains de la femme soient réservés, que son travail présente un caractère de continuité suffisant pour constituer une profession. Mais ce mot est employé dans cet article pour

(1) J. O., 1907. *Débats parlementaires*, Sénat, p. 660. La deuxième délibération fut presque entièrement consacrée à l'examen de cette importante question.

exprimer une toute autre idée : celle qu'il doit y avoir travail séparé, distinct de celui du mari. Idée qu'exprime assez mal d'ailleurs, le mot profession. Si la femme est caissière dans le commerce de son mari, il n'y a pas travail séparé, il y a pourtant profession distincte. Il faut donc d'autant moins s'attacher au mot profession, qu'il est impropre.

Il n'est pas douteux, étant donnée la pensée qui a fait voter la loi, que ces gains ont au moins autant de raisons d'être protégés que ceux d'un commerce établi. Ils décèleront le plus souvent une grande gêne momentanée à laquelle la femme aura voulu remédier par son travail. La loi parle d'ailleurs le plus fréquemment du travail personnel de la femme, ce qui n'implique aucune condition de durée. La solution la plus large a de plus cet avantage d'éviter toutes les difficultés qui ne manqueraient pas de s'élever sur le point de savoir si le travail de la femme dans chaque espèce particulière a bien le caractère d'une profession. Remarquons que, si les gains provenant d'actes de commerce isolés ne sont pas, par extraordinaire, dépensés au fur et à mesure de leur perception, il sera infiniment difficile de les suivre et de les distinguer dans le patrimoine global de la femme. Les justifications exigées par l'art. 1, § 4, pour que la responsabilité des tiers qui traitent avec la femme soit à l'abri, seront particulièrement difficiles à fournir. Ce qui empêchera peut-être, en fait sinon en droit, l'application de la loi à ces gains.

Autre question et dont la solution a une importance pratique considérable : les biens que la femme a pu acquérir avant le mariage en faisant le commerce vont-ils être considérés comme des capitaux et régis, par conséquent, par le droit commun ; ou comme produits du travail et soumis de ce fait au régime des biens réservés. Cette der-

nière solution est généralement adoptée par les commentateurs. M. Pichon, notamment, se demande « par quel motif introuvable elle ne pourrait plus administrer, après son mariage, ce qu'elle a gagné auparavant ; les pouvoirs sont après ce qu'ils étaient avant, elle est libre d'administrer et de disposer de ce qu'elle gagne ! » (1). Mais ainsi que le reconnaît M. Léon Lyon-Caen, tout en déclarant cette lacune profondément regrettable (2) ; il apparaît bien au contraire que les gains d'un commerce antérieur au mariage sont en dehors du système. Il n'en a été parlé en effet au cours *des travaux préparatoires* de la loi, qu'une fois : par M. Gourju, qui les exclut expressément dans son exposé des motifs et dans sa proposition (3). De ce que cette disposition expresse n'a pas été reproduite dans le projet définitif, M. Pichon en conclut que c'est évidemment parce qu'elle a été écartée. C'est un raisonnement hasardeux, car il semble, au contraire, que cela a pu être passé comme allant de soi, donc inutile. Le projet final, plus bref que celui de M. Gourju, est le fusionnement et la condensation de plusieurs projets fort différents ; et l'on ne peut évidemment pas dire que tout ce qui n'a pas été reproduit a été désavoué.

M. Pichon tire également argument de ce que M. Gourju fait exception pour les annuités et arrérages échus pendant le mariage de pensions ou rentes dont la femme peut être titulaire à raison d'un travail antérieur au mariage. Si, dit-il, la femme est sans droit sur les produits de son travail antérieur, comment peut-elle bien conserver un droit propre sur ces annuités et arrérages échus pendant le mariage ? On peut faire remarquer, d'abord, qu'il serait pré-

(1) A. Pichon, *op. cit.*, p. 87.

(2) Léon Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 199.

(3) *J. O.*, Sénat 1907, Annexes, p. 742.

féralable de ne pas tirer argument de ce que peut dire M. Gourju qui à quelques lignes de distance soutient, par une contradiction évidente, les deux *solutions contraires* (1), rejetant ces annuités « plus spécialement » du domaine de la loi dans l'exposé des motifs, tandis que dans le texte de la proposition (art. 2), il ne fait d'exception que pour eux. D'ailleurs, même si elle était admise par le jurisprudence, cette exception se justifierait fort bien. Que représentent en effet ces annuités et arrérages échus pendant le mariage de rentes ou pensions à raison d'un travail antérieur ? Loin de représenter un travail passé, elles ont pour but de remplacer un travail futur, qu'un accident du travail a par exemple rendu impossible, ou bien qu'en manière de récompense on a voulu épargner à quelqu'un d'âgé. Puisqu'il y a là l'équivalent et la représentation d'un travail qui aurait dû être effectué pendant le mariage, il faut le traiter à l'égal de ce dernier. De plus, dans ce cas il ne saurait s'élever aucune difficulté sur la provenance et l'identité des sommes réservées ; tandis que dans la fortune au jour du mariage il eût été absolument impossible de s'y reconnaître et de distinguer ce qui venait du capital et ce qui venait du travail ; ces derniers biens seuls, logiquement, pouvant être traités comme biens réservés.

(1) *J. O.*, 1907. Annexes, Sénat, p. 742.

Exposé des motifs (p. 742, col. 1). « Une seule limitation est à faire qui vise plus spécialement les arrérages et annuités de rentes et pensions dont la femme peut être titulaire, c'est que les produits du travail, dont notre réforme laisse à la femme la libre disposition, doivent correspondre à un travail effectué pendant le mariage ».

Tandis que l'art. 2 de la proposition de loi (même page, col. 3) dit : « Ce pécule s'étendra seulement aux produits du travail accompli pendant le mariage. Par exception il comprendra aussi les annuités et arrérages échus pendant le mariage de pensions ou rentes obtenues par la femme à l'occasion d'un travail antérieur au mariage ».

Sauf M. Gourju qui les exclut expressément, il n'a jamais été parlé à aucun moment, lors de la préparation de la loi, de ces produits ; alors qu'une réforme d'une telle importance aurait été au moins énoncée. Les termes employés lors de la discussion ne s'appliquent jamais qu'au travail d'une femme mariée, à une profession distincte de celle du mari, etc., et le titre de la loi est par lui-même assez explicite sur la portée exacte de la réforme « Le libre salaire de la femme mariée... » En lisant les travaux préparatoires il est évident que le législateur n'a jamais même songé à la possibilité d'une telle extension.

Il y a, en outre, un argument de texte qui semble décisif. L'art. 5 dit : « S'il y a communauté ou société d'acquêts les biens réservés entreront dans le partage du fonds commun ». Cet article n'admet bien évidemment pas d'exceptions ; or, la communauté d'acquêts ne comprend jamais les produits du travail antérieur au mariage ; ce qui implique nécessairement que ces produits sont exclus de la loi ; laquelle est, cela a été assez répété au Sénat, uniquement la réforme de la capacité de la femme mariée sur un point précis, et non de l'organisation initiale des régimes matrimoniaux. Les produits du travail de la femme non mariée sont considérés le jour de son mariage comme des capitaux ; or, pour eux, le régime antérieur a été estimé juste et suffisamment protecteur ; il y a, en outre, la possibilité d'adopter un régime donnant à la femme une grande indépendance. Les motifs de la loi si souvent énoncés sont, pour eux, insuffisants, puisque, pour de nombreux auteurs, elle avait pour principal but d'empêcher des abus maritaux lors de la perception des gains ; et qu'une autre justification était que la femme en travaillant pendant son mariage, dépasse ses obligations légales ; deux considérations qui sont étran-

gères aux gains de la femme mariée. M. Legrand proposait, par exemple, en première délibération au Sénat un amendement ôtant à la femme le droit d'aliéner, (1) ce qui montre bien que le principal but était d'assurer la libre perception des gains et leur dépense au fur et à mesure et que, par conséquent, l'on visait uniquement les gains de la femme mariée.

Il n'est donc pas douteux, en résumé, que les gains commerciaux antérieurs au mariage seront considérés comme des capitaux et non comme des biens réservés. Il faut remarquer qu'un système contraire était impossible. De graves difficultés s'opposaient à son application. Le gain du commerce est le produit de deux facteurs, en premier lieu du travail et secondement du capital que toute entreprise commerciale exige. Pendant le mariage, la femme n'a droit, comme nous le verrons plus loin, qu'aux produits du travail ; et le calcul à faire à cette occasion, s'il est difficile, n'est pas insurmontable. Or, logiquement, on ne pourrait reconnaître à la femme que le même droit sur les gains antérieurs ; en sorte qu'il faudrait, ce qui est impossible, rechercher et détailler toute l'histoire des biens que la femme se trouve avoir au jour de son mariage. Dans les classes pauvres le plus souvent ce que la femme aura gagné jusqu'à ce jour par son labeur sera toute sa fortune ; en sorte qu'elle n'apporterait rien du tout à la communauté, puisque les biens réservés n'en font réellement partie qu'à la dissolution, et encore sauf renonciation. Le mari continuerait donc seul à apporter en communauté les produits de son travail antérieur. Ce qui serait injustifiable.

(1) *J. O. Sénat* 1907. *Débats Parlem.*, p. 625, col. 1.

Notons enfin, que le Code civil allemand exclut également de la masse réservée les produits d'un travail antérieur (1). Cette disposition étant, du reste, affaiblie par la faculté qu'ont les époux de faire soit par contrat de mariage, soit au cours de leur union, des biens réservés conventionnels.

Il faut bien reconnaître que le système de la loi n'est pas sans avoir de conséquences fâcheuses. Il est peu logique que la masse des biens sur lesquels la femme a action subisse une telle diminution, alors que ses pouvoirs sur eux ne changent pas. C'est ce qui arrive, lorsqu'une personne se marie; ou qu'une veuve ou une divorcée se remarie. Pour ce dernier cas, il est particulièrement irritant pour la femme de ne pas avoir sur ces biens, sous son second mari, les mêmes pouvoirs que du vivant du premier. Et cela parce que, entre les deux mariages, elle s'est trouvée un moment pleinement capable, et que, de ce fait, ses biens réservés sont devenus des capitaux et sont traités comme tels. L'application du principe admis conduira souvent à des conséquences bizarres. C'est ainsi que si la femme a pendant le mariage à recouvrer des créances à raison d'engagements commerciaux antérieurs à son mariage, le montant de ces créances ne sera pas bien réservé.

Le remède à cette situation fâcheuse ne serait pas du reste l'admission, au bénéfice de la loi, des gains antérieurs au mariage, on se heurterait alors aux difficultés de fait déjà signalées; et il faudrait nécessairement exclure de la communauté les mêmes biens provenant du mari. C'est la conséquence de la coexistence en une même personne de deux capacités fort différentes et inconciliables; et l'on n'y voit

(1) Léon Lyon-Caen, *La femme mariée allemande*, p. 211.

pas d'autres remèdes que la disparition de l'une d'elles : l'incapacité de la femme mariée.

La capacité nouvelle de la femme résulte et dépend de l'existence des biens réservés, elle persiste donc postérieurement à la cessation de tout travail, aussi longtemps que ces biens subsisteront eux-mêmes, dans son patrimoine. Plus la femme aura été heureuse dans son commerce, plus sa capacité sera grande. Ses pouvoirs sont donc intimement liés au succès de l'entreprise. Ce système a cela d'excellent qu'il récompense en quelque sorte dans la mesure de l'effort fourni. Les biens réservés seront-ils minimes : ils ne procureront à la femme ni liberté, ni crédit. Au cas contraire, elle acquérera une grande indépendance et, par cela même qu'elle a les moyens d'agir, de l'influence dans le ménage. Si elle se retire ayant amassé une certaine quantité de biens réservés, et qu'elle les gère avec soin, sa capacité est assurée aussi longtemps que durera son union, et elle peut l'accroître de jour en jour en augmentant ces biens par une sage administration et d'habiles placements.

La loi s'applique à toutes les femmes mariées au moment de sa promulgation sans aucune exception (1), son article 11 dit en effet « que les dispositions de la présente loi pourront être invoquées même par les femmes mariées avant sa promulgation ». Inséré au texte dans l'intervalle des deux délibérations, cette disposition devenait nécessaire, étant donné le caractère d'ordre public qu'on avait, au dernier moment, attribué à la loi.

(1) La loi anglaise du 10 août 1882 qui a donné à la femme mariée la pleine capacité, s'est montrée plus respectueuse du principe de non rétroactivité, elle ne s'applique qu'aux femmes mariées postérieurement à son entrée en vigueur.

Si la rétroactivité quant aux personnes n'est pas douteuse, en présence de ce texte ; que faut-il décider pour la rétroactivité quant aux biens ? question importante qui intéresse toutes les femmes exerçant une profession, qui se sont mariées antérieurement à la loi. MM. Le Courtois et Surville ont soutenu que les biens acquis après le mariage, mais avant la loi, étaient réservés (1). L'unité de régime est, disent-ils, plus simple et plus logique et l'époque à laquelle les biens ont été acquis importe peu, s'ils l'ont été avec des gains du travail. « La rétroactivité de la loi n'a-t-elle pas été édictée par le législateur avec cette étendue, comme la réparation d'une iniquité qui n'a que trop duré, sauf à respecter les droits acquis aux tiers : vendeurs ou créanciers ». Que l'art. 11 n'ait pas cette portée, ce n'est pas douteux ; il apparaît à la lecture qu'il n'établit que la rétroactivité quant aux personnes et ne s'occupe pas des biens. Et s'il avait la portée que lui reconnaissent MM. Le Courtois et Surville, de quel droit font-ils exception sans qu'il en dise rien, pour les droits acquis aux tiers ? Exception qui conduit, il faut le remarquer à la négation même du système. Le mari n'est-il pas en effet un tiers et qui a des droits acquis aussi respectables que ceux du créancier ou de l'acheteur ? La solution critiquée conduirait, en outre, à des difficultés de calcul très grands, et le plus souvent ces biens ne pourraient plus se distinguer du reste du patrimoine. Il faudrait rechercher, par exemple, dans quelle mesure ils sont entrés dans les dépenses déjà faites. Il y aurait là des difficultés insurmontables.

(1) Le Courtois et Surville, *la loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire*, p. 38.

SECTION V

Femme mariée mineure commerçante.

La loi du 13 juillet 1907 règle la capacité de la femme sur ses biens réservés sans s'occuper du cas où celle-ci serait mineure. Cette hypothèse est passée inaperçue du législateur, elle n'a jamais été examinée lors des discussions ; et les commentateurs de la loi eux-mêmes ne la traitent pas. Du moment que la loi ne distingue pas, faut-il présumer que c'est parce qu'elle a voulu que la même capacité régisse et la femme majeure et la mineure ? C'est impossible, car il n'est pas douteux que son silence sur ce point n'est pas volontaire ; c'est une question qui a échappé au législateur, et qu'il nous faut donc essayer de résoudre par le raisonnement. Plusieurs solutions sont en présence : donner à la femme mariée mineure commerçante sur ses biens réservés les mêmes droits que si elle était majeure, ou bien lui donner la même capacité que celle dont elle jouit à raison de son commerce. L'art. 2 Code comm. et 487 Code civ. disent que le mineur est réputé majeur pour les faits relatifs à son commerce (sauf la restriction de l'art. 6 Code de Comm.) Les aliénations ou hypothèques d'immeubles lui seraient donc seules interdites. Puisque c'est la plus grande capacité à laquelle un mineur peut prétendre, on peut songer à la lui donner, par analogie, sur ses biens réservés. Mais il faut remarquer que la commerçante n'est pas seule à jouir du bénéfice de cette loi, et que l'on ne peut étendre aux autres

ce qui est une capacité anormale, qui lui est spéciale et qui serait inconciliable avec l'état d'une ouvrière mineure, par exemple. Pour arriver à une solution il suffit de voir pourquoi et comment le législateur a agi pour la Commerçante majeure, la seule qu'il ait eue en vue. On a voulu la relever sur certains biens, à raison de leur provenance, de son incapacité de femme mariée. Pour cela, les effets de la puissance maritale ont été suspendus, en sorte qu'elle a sur ces biens les pouvoirs qu'elle aurait, ou à peu près, si elle n'était pas mariée. Mais à aucun moment on n'a songé à la relever de sa capacité *propter ætatem* ; elle subsiste donc. C'est là le point capital de la question. Les motifs de la loi sont absolument étrangers à l'incapacité du mineur qui n'a pour but d'assurer que sa protection et non, comme la première, sa subordination.

Il suffit donc de concilier les pouvoirs de la femme qui a des biens réservés avec ceux d'un mineur. Le moyen en est simple : comme la commerçante majeure, la mineure aura les pouvoirs qu'elle aurait si elle n'était pas mariée. Or, de plein droit et par l'effet même de son mariage, la femme est émancipée. Sa capacité sur ses biens réservés sera donc celle d'un mineur émancipé sur ses biens.

Elle peut donc faire seule les actes qui ne sont que de pure administration (art. 481 et 482 Code civil) (1). Elle a la perception, la jouissance et l'emploi de ses gains et revenus, elle peut passer des marchés pour l'entretien de ses biens, les donner à bail, faire des ventes de meubles corporels si cela est nécessité par les besoins de l'administration. Mais sa capacité est bien inférieure à celle que lui donnerait la loi de 1907 si son effet n'était pas contrarié par la minorité.

(1) Planiol, *Droit civil*, t. I, n° 2026.

L'intervention de son mari, curateur de droit, est en effet nécessaire dans certains cas : réception et placement d'un capital, aliénation de valeurs mobilières. La plupart du temps les formalités de la tutelle seront nécessaires : aliénations d'immeubles et constitutions d'hypothèques, emprunts, etc., etc. L'art. 482 exige l'assistance de son curateur pour les instances immobilières. D'où l'on peut conclure *a contrario* qu'elle peut librement intenter des actions mobilières ; ce qui est très important, puisque, presque toujours, les procès à raison de son commerce auront ce caractère. En résumé, même dans ce cas et quoique sa capacité soit infiniment moindre que si elle était majeure, elle aura la libre disposition des gains de son commerce, puisqu'elle n'est pas tenue de les capitaliser. Mais sa faculté de s'obliger est très restreinte, et il ne semble même pas qu'elle puisse le faire dans l'intérêt du ménage. Le mari garde bien certains pouvoirs, mais ce n'est plus en tant que mari, c'est comme curateur. D'ailleurs, la femme ne peut se plaindre puisque, si elle n'était pas mariée, ses pouvoirs ne seraient pas plus grands. Remarquons enfin, que sa capacité à raison du commerce est infiniment plus étendue que celle sur ses biens réservés ; alors que si elle était majeure il y aurait à peu près équivalence. De ce fait elle a encore intérêt, contrairement à la majeure, à faire emploi de ses biens réservés en les plaçant dans son commerce, il en résultera pour elle, sur eux, un surcroît de pouvoirs.

Rappelons pour finir que l'autorisation de son mari ne lui suffira pas pour entreprendre valablement le commerce : il y a deux incapacités, il faut les lever distributivement (1). Il faudra donc, en plus, remplir les formalités habituelles

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 246.

pour le mineur qui veut faire le commerce : autorisation du père, à défaut celle de la mère ; et à leur défaut délibération conforme du conseil de famille.

Il semble que l'hypothèse d'une femme mariée mineure commerçante sera assez rare ; et qu'en tous cas les gains qui pourront être réalisés jusqu'à la majorité ne seront jamais, faute de temps, bien considérables. Ce qui explique peut-être que cette question soit délaissée. Mais outre qu'il importe au point de vue théorique de la résoudre, des gains importants ne sont pas impossibles et il faut bien prévoir les événements même les plus rares.

CHAPITRE III

COMMERCE SÉPARÉ

Si vaste que paraisse le domaine de la loi de 1907, il y a pourtant une importante restriction. Le dernier paragraphe de l'article dit en effet : « Les dispositions qui précèdent ne sont pas applicables aux gains résultant du travail commun des deux époux ». Notons tout d'abord que cela vise plus spécialement les ménages commerçants. Pour les ouvriers et employés l'application en sera très rare. Il n'y aura pas, en effet, travail commun lorsque les époux travailleront dans la même usine, ou serviront les mêmes maîtres. Sauf si, dans ce dernier cas, ils ne recevaient qu'une rémunération pour tous deux ; comme cela se fait souvent, par exemple, pour les domestiques, les concierges. Le législateur a visé surtout le cas le plus ordinaire, celui où les deux époux exploitent le même fonds de commerce. Plusieurs personnes étant presque toujours nécessaires pour cela, il est tout naturel et très fréquent, que le mari et la femme unissent leurs efforts dans ce sens. La femme trouvera là un emploi particulièrement adapté à ses aptitudes physiques et professionnelles ; elle sera, par exemple, employée ou caissière sous les ordres du mari qui dirigera l'entreprise ; c'est cette

situation que l'art. 1 dernier alinéa a pour but de régler.

Des dispositions analogues se trouvent dans la plupart des législations étrangères et il y a là, en quelque sorte, un droit commun législatif. Il en est ainsi en Allemagne, en Belgique, Danemark, Finlande, Grande Bretagne, Norvège, et dans la loi genevoise du 7 novembre 1894 qui inspira les termes mêmes de la loi de 1907 (1). Certaines de ces lois sont très explicites comme les lois genevoise et belge, qui contiennent des dispositions analogues à celles de l'art. 1 ; d'autres se contentent de parler du travail personnel de la femme (par exemple l'art. 1367 Code civil allemand) et ces termes ont la même portée. Toutes les propositions de loi sur les biens réservés qui se succédèrent à la Chambre et au Sénat expriment la même idée en des termes différents : travail séparé ; personnel ; distinct de celui du mari, commerce exercé en son nom propre, etc. La rédaction actuelle apparaît pour ne plus subir de modifications avec la proposition jointe au rapport de M. Guiller au Sénat.

Mais ce qui est curieux et embarrassant à la fois, c'est que personne, dans tous les travaux préparatoires, ne s'est expliqué sur les motifs de cette restriction, comme s'il ne pouvait s'élever sur ce point aucun doute. Seul, M. Tissier, à la Société d'Etudes législatives, se borna à exposer l'hypothèse en disant qu'elle ne faisait aucune difficulté.

Les faits se sont chargés de lui répondre. Chaque commentateur de la loi a sur cette question une opinion propre ; et la portée exacte de la réforme est de ce fait incertaine : elle varie avec les explications données. Il importe donc de

(1) La loi anglaise du 18 août 1882 ne parle que du cas le plus fréquent : « les biens qu'elle acquerra dans un commerce, indépendamment de son mari.... »

rechercher et de bien déterminer quelle a été la pensée des auteurs de la loi. Cette disposition est-elle impérative et s'applique-t-elle dans tous les cas, sans aucune exception, ou bien n'y a-t-il là qu'une présomption simple d'un fait, et lequel ?

La première solution est la plus en faveur. M. de la Grasserie estime « qu'il s'agit nécessairement alors d'un mari travailleur, contre lequel il n'y a pas, par conséquent, de précautions à prendre » (1). De plus, il fait remarquer qu'il s'agira principalement de commerçants et que, dans ce cas, « le capital et le travail se trouvent intimement fondus ensemble, et le premier absorbe le second qui devient un accessoire », ce qui est évidemment contestable.

Pour M. Fayolle, la véritable raison c'est qu'il y aurait autrement trop de difficultés à déterminer dans les bénéfices communs la part qui doit revenir à la femme (2). Avec M. Pichon l'on arrive à une troisième explication (3). C'est que, dans ce cas, l'atteinte à l'autorité traditionnelle du mari eût été plus sensible, « l'indépendance nouvelle de la femme s'affirmant non plus loin du mari, à l'usine ou à l'atelier, mais près de lui, à ses côtés, à chaque instant et presque à ce foyer où la tradition et la loi l'ont fait maître. »

A M. de la Grasserie on peut répondre que la loi ne vise pas que les mauvais maris ; et que l'on a peine à saisir pourquoi il n'y a pas de précautions à prendre quand le mari est « nécessairement » travailleur, ce qui est jouer sur les mots : de ce que l'on travaille il ne s'ensuit pas que l'on soit nécessairement travailleur au bon sens du mot. Il est

(1) De la Grasserie, *Lois nouvelles*, 1907. Commentaire de la loi du 13 juillet 1907, p. 490.

(2) Fayolle, *Thèse*, 1909, p. 49.

(3) Pichon, *op. cit.*, p. 89 et s.

amusant de remarquer qu'alors la loi ne devrait pas s'appliquer à la classe ouvrière, mais seulement aux rentiers. Dans tous les ménages pauvres, en effet, le mari aussi est « nécessairement » travailleur, puisque le travail y est le seul moyen de subsistance. Et personne n'oserait affirmer que, du moment que l'ouvrier travaille, il n'y a pas de précautions à prendre vis-à-vis de lui, en ce qui concerne les salaires de sa femme.

Quant à l'argument basé sur les difficultés que l'on pourrait rencontrer à déterminer la part exacte des gains communs revenant à la femme, il n'est pas plus solide. Ces difficultés peuvent être mises en doute ; et en tous cas les juges ont l'habitude d'en solutionner de semblables quotidiennement, en matière de société, par exemple. Il est de plus par trop expéditif de solutionner les problèmes en les supprimant ; et il faudrait tout au moins réserver les cas où aucune difficulté ne s'élève : ce qui a lieu, par exemple, lorsqu'une rémunération aura été promise ou payée à la femme.

Reste la dernière justification, celle de M. Pichon. On peut lui objecter que le législateur n'a eu à aucun moment, lors de la préparation de cette loi, le souci de ménager le mari. Elle contient de plus un argument inexact, M. Pichon dit que lorsque la femme travaillera au dehors son indépendance nouvelle s'affirme non au foyer, mais à l'usine ou à l'atelier ; il laisse entendre que, si elle avait une part des gains communs, ce serait au foyer même qu'elle s'exercerait. C'est méconnaître l'essence même de la loi de 1907 ; elle donne à la femme pleine capacité sur les gains de son travail ; mais on ne voit pas en quoi de ce fait, celle-ci a une plus grande indépendance à l'usine ou à l'atelier. Sa situation n'y est en rien changée ; elle arrive, travaille, et

s'en va. On ne voit pas à quoi lui sert en cet endroit sa capacité sur ses biens réservés ; que peut-elle bien en faire ? Mais dans tous les cas, et de quelque lieu qu'ils proviennent, ce sera au foyer même que la femme les administrera, les dépensera, en jouira sans avoir à se préoccuper du mari. En résumé, si la femme pouvait avoir sa part des bénéfices communs, il n'en résulterait en rien pour le mari une atteinte plus profonde à son autorité traditionnelle que lorsqu'elle dispose du gain d'un commerce personnel.

Les conséquences des théories qui viennent d'être exposées sont en outre bien peu satisfaisantes : les produits du travail commun ne sont jamais réservés, dans aucun cas ; même si le mari promet ou donne à sa femme une rémunération de ses services. Il est impossible de ne pas remarquer combien ces explications du dernier alinéa de l'art. 1, outre qu'elles ne sont guère solides, sont artificielles et personnelles. Basées sur des raisons de sentiment, elles varient avec chaque commentateur ; elles cherchent à justifier après coup une disposition que leurs auteurs, ainsi qu'ils l'avouent, ne s'expliquent guère et sont loin d'approuver. Et il est bien évident qu'aucune d'elles ne donne la raison véritable qui, dans toutes les législations, a fait adopter une disposition identique. Dans les travaux préparatoires de la loi française, aucune discussion à son égard, tous les projets la reproduisent et personne n'a jamais cru utile de donner des explications à son sujet. La raison en est fort simple : cette disposition n'est que la reconnaissance et la constatation d'un fait ; ce qui explique l'unanimité des législations et l'absence de toute discussion. Le législateur accorde à la femme une pleine capacité sur les gains provenant de son travail. La première condition pour cela, c'est que ce travail soit rémunéré, sinon il est bien évident que la loi ne s'applique

pas, faute de matière. Or, il est un cas par excellence où le travail de la femme n'est pas rémunéré dans l'immense majorité des cas et est à titre purement gratuit, c'est lorsqu'il y a travail commun des deux époux. C'est un fait que la loi se borne à constater et elle établit sur ce point une présomption simple ; présomption qui s'explique fort bien et qui était nécessaire. Ainsi, par exemple, pour que les actes passés avec des tiers soient valables à leur égard, il ne sera pas nécessaire à la femme de prouver que l'objet du contrat a la qualité de bien réservé ; mais seulement que cela est possible, car elle travaille. Or, si la loi n'avait parlé que de la preuve d'une profession sans exiger celle d'une profession non commune avec le mari, le système aurait été souvent en défaut ; la femme aurait pu contracter alors qu'il lui était impossible d'avoir des biens réservés et cela parce que si elle travaillait bien en réalité, c'était sans rémunération. Aussi la loi exclut-elle pour plus de sûreté cette sorte de travail.

Que la loi ait voulu protéger les gains du travail sans aucune exception ; qu'elle n'exclut le cas d'un travail commun que parce qu'elle présume qu'il n'est pas rémunéré, tout en admettant la preuve contraire ; c'est ce qui ressort d'un examen approfondi des travaux préparatoires.

Et, en effet, si la plupart des projets se contentent d'exclure les gains communs sans fournir d'explications, quelques-uns sont plus explicites et les dispositions secondaires font voir clairement la portée exacte du système. C'est, par exemple, le rapprochement et l'assimilation qui sont faits quelquefois entre le travail commun et d'autres travaux non lucratifs exclus, sans nul doute, comme tels : les travaux domestiques de la femme. L'art. 1, alinéa 3, du projet Saleilles porte : « Ne sont pas compris parmi les biens résér-

vés les acquisitions ou plus-values résultant de ses travaux domestiques dans l'intérieur du ménage ou de sa collaboration au travail ou aux affaires du mari» (1). Dans ce cas il y a bien plus-value ou acquisition par suite du labeur de la femme, mais les mots employés montrent clairement que ce n'est pas elle qui en profite. De même pour l'art. 3 de la proposition Gourju : « Les acquisitions ou plus-values résultant de sa collaboration au travail ou aux affaires du mari ou de ses travaux domestiques dans l'intérieur du ménage, ne sont pas comprises dans le pécule réservé de la femme mariée, *jusqu'à preuve de la volonté contraire des époux* et qui pourra résulter notamment de ce qu'une *rémunération* aura été promise ou payée à la femme ». Ce texte est encore plus clair : il présume un fait, sauf preuve contraire (2).

On peut encore tirer un argument dans le même sens, d'un passage de la première discussion au Sénat qui a trait à un amendement de M. Legrand et d'autant plus intéressant que cet amendement a fourni justement l'un des textes de la loi qui excluent le travail commun. M. Legrand faisait remarquer que la loi ne parlait pas de la preuve que la femme devrait fournir pour pouvoir contracter avec les tiers, aussi proposait-il un amendement qui la lui facilitait. Il rappelait qu'un texte du projet de la commission de la Société d'Etudes législatives portait qu'elle devait justifier à l'égard des tiers de l'exercice d'une profession lucrative (3). Et il proposait de remplacer le terme « profession lucrative » par celui de « profession distincte de celle

(1) *Bul. de la Soc. d'Ét., lég.*, 1901. Projet Saleilles, p. 205.

(2) *J. O.*, 1906, Sénat, Annexes, 304, p. 740.

(3) Le Projet Grosjean qui suivit, contient une disposition analogue. Son article 2 dit que la femme sera présumée agir dans l'étendue de ses droits lorsqu'elle aura fourni la preuve « qu'elle exerce une profession lucrative ».

du mari ». S'il est difficile aux tiers, disait-il, de savoir si la profession de la femme est lucrative ou non, si elle fait de bonnes ou de mauvaises affaires ; il pourra, au contraire, très facilement savoir si elle exerce une profession distincte de celle du mari. Ce qui fut adopté, et devint le texte actuel. Il résulte donc de ce passage de la discussion que les deux termes profession distincte de celle du mari et profession lucrative ont le même sens et sont interchangeables ; avec cette différence que le premier est considéré, à tort du reste, comme beaucoup plus clair que le second. On peut, au point de vue de la clarté, ne pas être de l'avis de M. Legrand ; car s'il y avait eu dans l'art. 1 au lieu du texte actuel le mot lucratif, aucune discussion ne serait très probablement née ; tandis que ni la portée ni la raison des mots « distincte de celle du mari » ne semblent avoir été comprises. De plus, M. Legrand ne s'est-il pas mépris sur le sens exact du mot lucratif dans le texte de la Société d'Etudes législatives où il semble ne pas signifier, comme il le croit, que la femme devra faire la preuve d'une profession qui, en fait, se trouve être prospère, mais seulement d'une profession qui peut, abstraction faite des résultats, lui procurer des gains par opposition à d'autres qui sont sans rémunération.

Les dispositions des lois étrangères analogues à celles de la loi de 1907 s'expliquent également par les mêmes raisons. C'est ainsi que le Code civil allemand (art. 1367) dispose que sont biens réservés : « ce que la femme acquiert par son travail ou par l'exercice personnel d'une entreprise lucrative ». Mais le protocole donne la portée exacte de cet alinéa, en précisant que si la femme travaille dans le métier ou le commerce de son mari contre rémunération, celle-ci constitue un bien réservé. La loi allemande

comme la nôtre établit donc une présomption simple de non rémunération, en ce qui concerne le travail commun.

Il faut rapprocher et comparer, pour éclaircir notre matière, la situation des époux qui exploitent un même commerce avec le travail commun dans une profession autre que le commerce. Dans ce cas, il n'y a en effet pas de difficultés ; du moment que chaque époux reçoit un salaire propre, il n'y a pas travail commun, lequel n'existe que dans le cas contraire. Ce sont, par exemple, le mari et la femme domestiques d'une même personne, le mode de rémunération déterminera le genre du travail et, par suite, décidera de l'application de la loi de 1907. Et il est impossible de trouver pour les ouvriers, employés, domestiques, etc., une situation où il n'en soit pas ainsi. La question pour le commerce est moins claire, parce que les époux n'y sont plus au service d'un tiers, et que le chef d'industrie s'y trouve être l'un d'eux ; mais il n'est pas douteux qu'il faille transporter à cette matière le même critérium.

Nous arrivons donc à cette conclusion que le dernier alinéa de l'art. 5 de la loi du 13 juillet 1907 établit une présomption de même nature et se justifiant par les mêmes raisons que celle des articles 5 du Code commercial et 220 Code civil, d'après lesquels, lorsque la femme fait le commerce avec son mari, elle est réputée simple employée. Cette dernière présomption admet la preuve contraire ; du moins c'est ce qui est très généralement reconnu aujourd'hui (1).

(1) Une jurisprudence ancienne, au contraire, avait reconnu là une présomption *juris et de jure*. L'art. 5 n'aurait fait, d'après ce système, que deux situations possibles à la femme : celle où elle est préposée, et d'autre part, celle où elle exploite seule le fonds de commerce. L'art. 5 toucherait, d'après les partisans de cette théorie, aux droits et devoirs respectifs des époux. Il y a en ce sens un grand nombre d'arrêts déjà anciens.

Une même idée a inspiré le texte du Code et celui de la loi de 1907, c'est que la femme, lorsqu'elle travaille dans le même commerce que son mari, y a le plus souvent, les faits sont là pour le prouver, une place secondaire et subordonnée. Si telle était d'ailleurs la situation normale lors de la confection du code, les exceptions sont aujourd'hui plus nombreuses grâce à l'indépendance et la culture que la femme a su acquérir dans notre siècle; ce qui explique à merveille le revirement de la jurisprudence sur l'interprétation de l'art. 5 Code comm., nécessité par les faits. Etant donné l'état habituel de dépendance et de subordination de la femme dans ce cas, il y avait le plus grand intérêt à établir sur ce point une présomption légale destinée à mettre la loi d'accord avec la réalité. Il importait, par exemple, aux

Cass., 6 mai 1816, Lyon, 5 février 1881 (D. P. 81, 2, 192); Dijon, 22 décembre 1877 (D. P. 76, 5, 102); Cass., 10 mai 1882 (*Pand. F. Chro.*, VI, 1, 112), (D. P. 85, 1, 296). Mais il y a eu un revirement très net, et maintenant les arrêts décident constamment en sens contraire, et déclarent la femme seule commerçante s'il est démontré par les faits qu'elle exerçait réellement un commerce; peu importe, du reste, que son mari y ait été mêlé, si ce n'est qu'en qualité de commis, ou comme mandataire et auxiliaire, ou s'il s'y était immiscé. On a alors la situation de l'art. 5 renversée. Il y a en ce sens une jurisprudence récente imposante: Nîmes, 18 déc. 1886, et Cassation, 12 juillet 87 (S. 87, 1, 384); — Douai, 9 août 1899, et sur pourvoi, Requête, 5 nov. 1900 (D. P. 1901, 1, 403); — Rouen, 23 mai 1900 (*Recueil de Rouen*, 1900, 1, 90); — Cassation, 5 nov. 1900 (S. 1, 278, 1901) et (D. P. 1901, 1, 463); — Rouen, 6 août 1902 (*Gaz. Pal.*, 1902, 2, 674); — Requête, 21 oct. 1901 (S. 1901, 1, 520); — Trib. Com. Villefranche, 3 déc. 1904; Aix, 11 août 1906 (la loi du 5 sept. 1906); — Rouen, 25 fév. 1907 (*Rec.*, Rouen, 1907-271); — Rouen, 24 février 1909 (*Rec.*, Havre, 1909-2-16). — Cour de Rouen, 11 nov. 1908 (D. P. 1909, 5, 2).

Les décisions récentes contraires sont très rares. On peut en citer deux: un arrêt de Montpellier, 5 mai 1906 (D. P. 1906, 2, 247) a décidé que si le commerce de la femme n'est pas absolument distinct, il y a présomption *juris et de jure* qu'elle n'agit que comme employée du mari. Dans le même sens: Toulouse, 29 mai 1908 (*Gaz. Trib. Midi*, 28 juin 1908).

tiers d'être fixé sur la condition respective des deux époux avec lesquels ils font des actes de commerce. S'il n'y avait pas eu l'art. 5 C. c., de grandes difficultés se seraient élevées dans chaque cas particulier pour savoir si les deux époux, ou un seul et lequel, avaient la qualité de commerçants et pouvaient être poursuivis à raison des dettes commerciales contractées, et mis en faillite. L'art. 5 vient répondre que la femme ne doit être considérée que comme une employée ; qu'elle n'est donc pas commerçante et n'est pas tenue des dettes, car elle n'a contracté que comme mandataire du mari. La seconde présomption qui a la même base, a aussi un but analogue, elle empêche la femme qui est employée dans le commerce de son mari de pouvoir contracter librement, par cela seul qu'elle aurait prouvé qu'elle travaillait ; parce qu'il est justement de la nature de ce travail de n'être pas rémunéré, d'où impossibilité pour elle d'avoir des biens réservés.

Mais il n'est pas douteux que la loi a dans des deux cas entendu réserver la preuve contraire, et que le système en dernière analyse est un déplacement du fardeau de la preuve : la femme n'aura pas besoin d'établir qu'elle n'était que la mandataire ou l'employée de son mari ; ce sera au contraire au tiers à prouver qu'elle a la condition de commerçante. De même le tiers qui n'aurait eu à justifier que du travail de la femme, va dans ce cas particulier avoir à démontrer qu'il n'était pas effectué à titre gratuit et que l'objet du contrat était bien réservé. L'admissibilité de la preuve contraire n'est pas discutée pour l'art. 5 ; pour ce qui est de l'art. 4 de la loi de 1907, elle ressort, ainsi que nous l'avons dit, des travaux préparatoires, du but même de la disposition, et de l'analogie avec l'art. 5 Code comm.

On a soutenu, il est vrai, que si la disposition du Code

de commerce souffrait la preuve contraire, il n'en était pas de même de celle de la loi de 1907. C'est ce qu'admet M. H. Lalou dans une note sous un arrêt de la Cour de Paris, du 19 mars 1908 (D. P. 1909, 2, 175), mais il se borne à l'affirmer sans en donner les raisons. L'arrêt de la Cour de Paris n'avait pas, d'ailleurs, à trancher la question. M. Valéry soutient la même solution (1), qui se justifie, selon lui, parce que le mari qui est l'auxiliaire, l'employé de sa femme, ne touche pas une rémunération nettement déterminée. En sorte que les gains que la femme retirera de son commerce résulteront du travail commun des deux époux ; et la loi exclut cette sorte de gain. C'est la solution que sont également forcés d'adopter MM. de la Grasserie et Pichon qui basent la disposition de l'article, dernier alinéa, sur des raisons de sentiment (respect de l'autorité maritale, par exemple) s'appliquant par conséquent à tous les cas. Nous avons essayé de montrer plus haut qu'il était facile de combattre ces théories ; les résultats auxquels elles aboutissent sont en outre extrêmement choquants. Il nous suffira de prendre l'exemple fourni par M. Valéry. C'est la directrice d'une grosse maison de commerce, qui épouse l'un de ses employés, lequel, après le mariage, continue de l'aider, mais qui toutefois, cela se comprend aisément, ne touche plus de rémunération. Il y a peut-être plusieurs centaines d'employés et la somme qui représente son travail est une partie infime des bénéfices. Peu importe, il y a là gains communs, c'est le mari, dit-on, qui va les percevoir et les administrer. On sent d'instinct que cela est inadmissible.

Supposons maintenant que la femme est employée du mari, mais que celui-ci lui a promis et lui paye effectivement

(1) *Annales de Droit commercial*, 1907, p. 398.

un salaire ; va-t-il donc falloir admettre que, contrairement à la volonté même du mari, la femme devra lui rendre cet argent qui retombera sous sa mainmise et à son entière disposition ? Ce résultat est, en effet, fatal, si le salaire de la femme n'est pas dans ce cas bien réservé : il est soumis au droit commun et tombe en communauté. On voit donc à quelles solutions impraticables et inadmissibles aboutit cette théorie, qui aurait, pour ultime résultat de faire du travail commun des époux, qui est le plus souhaitable et digne de protection et d'encouragement, un travail inférieur pour la femme. Ce qui l'inciterait, par conséquent, à employer son activité au dehors ; et serait, en définitive, un germe de désunion pour les époux.

En résumé, le législateur a protégé les gains de la femme dans tous les cas où ils existent et sans aucune exception ; et c'était le seul système possible, car l'on ne peut concevoir qu'il y ait sous le régime de la loi de 1907 des gains de la femme qui ne soient pas protégés.

Exposons maintenant brièvement quelles seront les conséquences de l'art. 1 dernier alinéa. Si la femme concourt au commerce de son mari, et cela sans rémunération, elle ne peut prétendre que dans les bénéfices que le mari en retire, elle a droit à quoi que ce soit. Il est bien vrai qu'elle aura, dans une certaine mesure, contribué à leur formation ; mais ce seront là les gains résultant d'un travail commun des deux époux dont parle le dernier alinéa de l'art. 1 pour les exclure de la sphère d'application de la loi. Elle ne peut rien réclamer : elle a prêté son concours à titre purement gratuit. Remarquons de plus que le fait de rendre un service à titre gratuit n'est pas une donation, laquelle exige essentiellement l'appauvrissement du donateur. Les règles des donations ne sont pas, par conséquent,

applicables ; il n'y a donc pas de révocation possible.

Sans la disposition expresse de la loi, la femme en se basant sur les droits qui lui sont accordés sur les produits de son travail, eut fréquemment émis la prétention de se voir attribuer, dans les bénéfices faits par le mari, ce qui pouvait représenter la part de son travail, alors que rien n'avait été stipulé à cet égard. De très grandes difficultés se seraient élevées pour déterminer cette part. Cette prétention eut, en outre, été émise après coup, alors que la femme en son for intérieur avait commencé à donner son appui au mari à titre gratuit. La preuve de cette intention eut été souvent difficile ; aussi, comme elle est dans l'immense majorité des cas la règle, la loi la présume.

Si l'hypothèse est renversée, et que ce soit la femme qui est chef d'une entreprise dans laquelle le mari ne joue que le rôle d'employé ou d'auxiliaire, la même solution s'impose naturellement pour lui. S'il n'a pas de traitement, il travaille à titre gratuit et ne saurait prétendre à rien dans les bénéfices du négoce qui sont donc entièrement biens réservés.

Deuxième conséquence : si la femme qui participe au négoce du mari reçoit de ce chef un salaire de quelque façon qu'il soit calculé, fixe ou proportionnel aux bénéfices, elle aura sur lui les pouvoirs de la loi du 13 juillet 1907. Il y aura pourtant une dérogation, il ne lui suffira, pour pouvoir traiter avec les tiers, de faire la preuve d'une profession, il faudra en outre qu'elle démontre que, quoique travaillant avec son mari, elle obtient une rémunération de son travail. Il ne semble pas que l'on puisse dans ce cas exiger d'elle la preuve de l'origine des biens. Remarquons que chaque fois que, contrairement à la présomption de l'art. 5 C. comm., la femme sera commerçante, il y aura déroga-

tion parallèle à l'art. 1 dernier alinéa de la loi de 1907, tous les gains que la femme pourra faire en cette qualité seront biens réservés, même si une partie d'entre eux représente la part du labeur du mari. En effet, ce que l'art. 1 vise essentiellement, ce sont les gains communs perçus par le mari, lorsque c'est la femme qui les perçoit, il n'y a plus aucune raison de l'appliquer.

Lorsque la femme, à raison de sa participation au travail du mari, reçoit une rémunération, cette dernière est, à proprement parler, le gain d'un travail personnel, et la terminologie gain commun ne peut s'appliquer. Il y a là un argument de texte très favorable à notre théorie : les termes employés dans l'art. 1, impliquent que ce qui représente le travail de la femme est indéterminé et n'a aucune individualité, ne formant qu'une masse avec le gain du mari ; et c'est dans ce cas seulement que le texte enlève tout droit à la femme sur cette valeur. Notons pour finir l'impropriété du terme « profession distincte de celle du mari ». Si la femme est l'employée du mari, il n'y a pas, à proprement parler, même profession, puisque le mari est seul commerçant.

CHAPITRE IV

DISTINCTION DANS LE GAIN COMMERCIAL DES PRODUITS DU TRAVAIL ET DU CAPITAL

Le commerce même le plus modeste ne se conçoit pas sans un capital si minime fût-il, de sorte que les gains qui en résulteront ne seront pas seulement les produits du travail, mais aussi ceux du capital engagé dans l'affaire. Cette situation est plus spécialement propre à la femme commerçante (1), et c'est elle qui a été cause que son entrée dans la sphère d'application de la loi a été vivement discutée. Ce sont les difficultés qui en résultent que M. Thaller invoqua à la Société d'Etudes législatives pour combattre cette extension. Il admettait bien que la femme garde le profit, mais, déduction faite de l'intérêt du capital qui y est engagé au profit du mari, qui, s'il l'avait géré lui-même, en aurait eu les revenus. Par suite, la ventilation à

(1) Mais elle ne se pose pas que pour elle, lorsque la femme exerce une profession libérale, qu'elle est auteur ou artiste ; il semble que la question soit la même. Ces professions exigent toutes un certain capital sous des formes extrêmement variables. Pour certaines, par exemple, il aura fallu à la femme faire des études longues et coûteuses ; et une certaine installation (bibliothèque, etc.) sera nécessaire. Si toutes ces dépenses n'avaient pas été faites, l'argent serait aux mains du mari. Ne faudrait-il pas logiquement, dans tous ces cas, lui tenir compte de l'intérêt qu'il aurait perçu si ces dépenses n'avaient pas été faites ?

opérer présentait un surcroît de difficultés. Il fallait d'abord dans le fonds de commerce séparer le capital et le profit, ensuite dans ce dernier, ce qui devait revenir au capital et au travail. Ces difficultés parurent telles que certaines propositions les suppriment en excluant de la loi les cas où elles se posent. Les lois danoises du 7 mai 1880 et du 7 avril 1889 (art. 29) excluent le cas d'une industrie qui est créée ou alimentée essentiellement par les ressources du mari ou de la communauté. De même pour la loi norvégienne du 29 juin 1888 (art. 31) dont les dispositions ne sont pas applicables aux produits des industries qui exigent un capital considérable, quand ce capital a été pour le tout ou en majeure partie constitué pour le compte du mari (1). Le projet Tissier (2) à la Société d'Etudes législatives (art. 1, § 3) excluait également les gains d'un commerce ou d'une industrie alimentée à l'aide de fonds du mari ou de la communauté. Ce qui était rendre la loi sans aucune portée pratique. Tous les ménages pauvres, mariés sans contrat auraient été exclus nécessairement par cette disposition, qui, finalement, rejetait de la loi la partie la plus nombreuse de la population, et celle pour qui justement l'on légiférerait. Aussi, ce système, ne fut guère en faveur ; une seule proposition de loi émanant d'un membre du parlement l'adopte. C'est celle de M. Grosjean qui vise le commerce « sans mises de fonds du mari ou de la communauté » (3). M. Gourju, au contraire, donne à la femme pouvoir sur ses bénéfices quelle que soit l'origine des capitaux engagés.

La distinction entre les produits du capital et du travail

(1) Voir le texte de ces lois reproduit au *Bull. de la Soc. d'Ét. lég.* 1901, p. 95 et s.

(2) *Bull. Soc. d'Ét. lég.*, p. 55.

(3) *J. O.*, 1905, Chambres, Annexes, 2280, p. 443.

doit être faite dans le système de la loi de 1907 ; aucun texte ne le prescrit expressément, et cela est controversé. Il a été soutenu que le mari n'avait jamais droit à aucune récompense, même si le commerce avait été entrepris à l'aide de ses propres (1). Examinons donc la solution que dicte, et les textes et les principes. A la Société d'Etudes législatives, le projet Saleilles vise le cas dans son article 1, alinéa 3 ; sont biens réservés : «... 3^o les bénéfices retirés par elle d'un commerce dont elle ait la libre disposition, ou s'il s'agit de fonds mis à sa disposition par le mari ou la communauté sous le régime de communauté, défalcation faite de la part correspondant aux fonds qui lui ont été fournis ». Il ressort de la discussion que tous les membres de la Société d'études législatives sont d'accord sur la nécessité de faire des distinctions entre ces deux produits (2).

C'est ce qui amène M. Thaller à exclure de la loi la femme commerçante ; et M. Tissier à excepter dans son projet (art. 1, § 3) les gains provenant d'un commerce dont le capital a été fourni par le mari ou la communauté. La proposition de loi émanée de la commission ne contient pas de disposition semblable à celle de l'art. 1, al. 3 du projet Saleilles, ce qui n'empêche pas que dans la pensée de ses auteurs la distinction était nécessaire, mais ils jugeaient un texte exprès inutile. M. Boistel, dans l'exposé des motifs de ce projet, dit en effet qu'il y aura par la suite une certaine difficulté à distinguer dans les profits du commerce ce qui est la rémunération du capital et du travail, reconnaissant ainsi la nécessité où l'on se trouvera de les séparer.

(1) Moride, *Thèse*, p. 158. Il traite d'ailleurs de simpliste le système qu'il croit être celui de la loi.

(2) *Bull. de la Soc. d'Ét. lég.*, 1901-2, p. 205.

Dans les différentes propositions à la Chambre et au Sénat, la question n'est guère traitée. M. Grosjean reproduit dans la sienne une disposition analogue à celle du projet Tissier, voulant ainsi tourner la difficulté, ce qui était la reconnaître. Seul M. Guiller s'explique sur la question, et il est le seul, dans tous les travaux préparatoires, à avoir donné à la femme pouvoir sur la totalité du gain sans se préoccuper d'attribuer au capital ce qui lui est dû, faisant prédominer le travail (1) : « D'autre part, dit-il, dans les bénéfices commerciaux, comment faire la part du capital engagé et celle du travail ? » M. Guiller justifie donc la position prise, par l'impossibilité où l'on se trouverait, de distinguer dans le profit la part des deux éléments qui entrent en ligne de compte dans le négoce. Dans la discussion au Sénat et le rapport de M. Violette à la Chambre, ce point n'a pas été traité. Que faut-il conclure ? Il n'est pas douteux que la grande majorité des auteurs de la loi estimait la distinction nécessaire ; les partisans de la thèse contraire ne peuvent invoquer que l'autorité de M. Guiller qui fut seul le seul à la soutenir. Or, la justification qu'il en donne est bien loin d'être péremptoire, puisqu'il s'est figuré une impossibilité qui n'existe certainement pas. La séparation du profit en part du capital et part du travail peut être et a été faite déjà maintes fois dans des circonstances analogues ; c'est une difficulté que les juges sauront résoudre aisément. Le texte même de la loi dicte aussi clairement la solution, il porte en effet, art. 1 : « Sous tous les régimes la femme a sur les produits de son travail personnel... », termes qui doivent s'interpréter restrictivement et excluent tout produit du capital.

(1) *J. O*, Sénat, 1907, Annexes, 77, p. 54.

Même en ne s'appuyant pas sur les indications des travaux préparatoires et du texte, l'on aboutit par le raisonnement aux mêmes conclusions. Si, au lieu de venir du mari, le capital engagé dans le fonds de commerce provenait d'un tiers, dans ce cas, nécessairement, la femme lui devrait les intérêts de cette somme, qui auraient d'ailleurs été stipulés au contrat de prêt. Or, le contrat intervenu entre le mari et la femme est absolument identique, et il est impossible de présumer qu'il a été fait à titre gracieux. Et nous aboutissons à la raison péremptoire qui emporte la solution : c'est qu'elle est seule conforme au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales qui règne en maître dans cette branche du droit. Le régime adopté, par exemple la communauté, attribue à la masse commune la jouissance des capitaux des époux ; si, par l'effet de l'affectation des capitaux communs au commerce de la femme, cette dernière en obtenait la jouissance ; il y aurait là, en dernière analyse, une modification partielle au régime adopté, donc violation de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Cette situation ne serait du reste pas sans danger pour la femme et sans injustice pour le mari : ce dernier serait amené à placer les capitaux dont il a la disposition partout ailleurs que dans le commerce de sa femme, et c'est celle-ci par conséquent qui en pâtirait. Il y a de plus un cas qui aurait été particulièrement choquant : c'est lorsque les capitaux prêtés sont des propres du mari ; pourquoi les traiter autrement que les biens d'un tiers ? Et pourtant, même dans ce cas, M. Moride, dans sa thèse précitée, admet qu'il n'y aura pas lieu à récompense à son profit. La solution critiquée serait en outre contraire à la volonté la plus évidente des époux, l'un a voulu faire un placement, l'autre un emprunt ; il faut régir ces opérations, bien certainement par

les règles du droit commun, auxquelles les époux ont dû songer en contractant.

Le principe admis, examinons maintenant les différents cas qui peuvent se présenter. Le plus fréquent sera celui d'une femme faisant le commerce avec des biens de la communauté. Pour toutes personnes mariées sans contrat de mariage, ce sera une situation non pas normale, mais nécessaire. La fortune sera en effet le plus souvent purement mobilière, les époux ne posséderont rien qui ne soit commun, le fonds de commerce comme le reste. Pas de difficultés, les produits de ce dernier considéré en tant que capital doivent, d'après les règles de ce régime, tomber en communauté sous l'administration et la disposition du mari; la femme ne pourra donc que percevoir strictement ce qui représente, dans le profit total, la part de son travail. De même, lorsque le mari aura mis à la disposition de sa femme des biens qui lui sont propres, sous tous les régimes; il faut alors considérer le mari comme un tiers, un bailleur de fonds, et lui appliquer les règles de droit commun.

Seconde hypothèse, les biens engagés dans le commerce sont des propres de la femme; mais par l'effet du régime adopté par les époux, le mari a sur eux un droit de jouissance. Ce peut être, par exemple, des propres de la femme sous la communauté légale; le mari ne peut en disposer mais il en a la jouissance (art. 1401, alinéa 2). Sous le régime sans communauté, ce sera tous les biens de la femme, puisque l'art. 1530 donne au mari le droit d'en percevoir les fruits. Sous le régime dotal il a la jouissance des biens dotaux (art. 1549). Lorsque l'une de ces catégories de propres entreront dans le capital commercial, pas de doute, l'usufruit du mari devra être respecté; là aussi, il est impossible

d'admettre que les époux puissent modifier ce que le contrat de mariage a établi *ne varietur*.

Troisième hypothèse et beaucoup plus délicate. Ce sont encore des propres de la femme qui ont été affectés à son négoce, mais sur lesquels le mari n'a aucun droit, ni d'administration ni de jouissance. Ce sont par conséquent ou des capitaux appartenant à une femme séparée de biens, ou des paraphernaux sous le régime dotal. La femme a sur eux et leurs produits de très larges pouvoirs : elle en a l'administration et la jouissance, elle peut même les aliéner librement si cette mesure est nécessitée par les besoins de l'administration ; sauf, bien entendu, pour les immeubles, l'art. 1449 le lui interdisant expressément. La doctrine est même plus large et lui accorde le droit de vendre les meubles même en dehors de toute nécessité d'administration. Mais elle ne peut s'obliger que dans cette limite, ce qui implique déjà, il est vrai, une assez grande capacité. Enfin, pour l'action en justice, l'autorisation du mari est toujours nécessaire. Une question embarrassante se pose : va-t-il, dans ce cas encore, falloir distinguer la part du capital et celle du travail ? Il y a une raison très forte de douter, c'est que dans les hypothèses précédentes il s'agissait de respecter le droit d'une autre personne, le mari, que rien ne permet de sacrifier ; mais ici c'est la femme elle-même qui a droit aux deux produits qui composent le profit total ; quel intérêt y a-t-il alors à en faire la séparation ? D'autant plus que cette opération n'est pas, malgré tout, sans être compliquée et délicate. La femme a, en outre, en tant que séparée de biens, une capacité voisine de celle que lui donne la loi de 1907 sur les biens réservés, ne faut-il donc pas unifier ses pouvoirs et lui donner sur le profit total pleine capacité ? Cette solution serait, il est vrai, infiniment

plus simple et pratique, mais le principe impitoyable de l'immutabilité des conventions matrimoniales ne la permet pas. Ce principe n'empêche pas seulement de modifier les règles une fois fixées par la loi ou le contrat de mariage qui déterminent les biens de la femme dont le mari a l'administration et la jouissance ; mais une fois la capacité de la femme fixée, il s'oppose aussi à ce qu'elle soit changée en quoi que ce soit. C'est ainsi que sous le régime de la séparation de biens, sa capacité sur les produits de ses capitaux ne peut dans aucun cas être autre que celle qu'établit l'art. 1449. La distinction des deux éléments du gain commercial va donc être ici aussi nécessaire et cela n'est pas sans inconvénients. La rigoureuse application des principes conduit en effet à des conséquences subtiles : La femme gardera dans son patrimoine les produits du capital et ceux du travail, elle les administrera tous deux, mais ses pouvoirs ne seront pas identiques ; si elle peut aliéner les seconds en toute liberté, elle ne pourra le faire en ce qui concerne les premiers que dans la mesure où les besoins de l'administration l'exigent ; et si, ce sont des immeubles, avec l'autorisation du mari. De même elle pourra ester librement en justice en ce qui concerne les uns, pas pour les autres.

L'immutabilité des conventions matrimoniales n'est pas, d'ailleurs, la seule raison à l'appui de cette théorie. Il faut remarquer que si l'on donnait à la femme sur la totalité du profit commercial, et par conséquent sur les produits du capital engagé dans le négoce qui en sont un des éléments, les pouvoirs de la loi du 13 juillet 1907, ce serait lui donner sur un capital qui ne provient pas du travail, donc soumis au droit commun, une capacité qu'aucun régime, dans aucun cas, ne lui reconnaît. Le régime de la séparation de biens, qui est le point culminant de la capacité de la femme

mariée, et celui qu'elle ne peut dépasser, laisse subsister l'incapacité et la puissance maritale, principes que rejette la loi de 1907. Entre le régime matrimonial établi par le code et celui de cette loi sur les biens réservés, il y a un abîme infranchissable. Sur les biens que régit le premier, il est impossible que la femme ait les pouvoirs que lui donne la seconde. Cela serait contraire aux droits du mari comme chef du ménage et à l'incapacité de la femme mariée, institutions d'ordre public, auxquelles les époux ne peuvent valablement déroger.

Dernière hypothèse : la femme entreprendra le commerce avec des biens ne provenant ni du mari, ni de la communauté, ni de son patrimoine propre, mais d'un travail antérieur ; par conséquent, des biens réservés. Cas très pratique dans les ménages pauvres, où la femme ne possède que ce qu'elle gagne : elle travaille d'abord comme ouvrière ; amasse à force d'économies un petit pécule et s'établit à son tour patronne. Dans ce cas, aucune difficulté ; la totalité du gain commercial sera bien réservé, le capital engagé ayant lui-même ce caractère.

Bien entendu, les différentes hypothèses qui viennent d'être examinées se combineront entre elles ; rarement, en effet, le capital sera formé de biens d'une seule nature ; il peut par exemple être composé à la fois de biens communs, de propres et de réservés. Dans ce cas, nouvelle complication ; il faudra faire une seconde ventilation, le produit de certains capitaux allant au mari ; ceux des biens réservés à la femme. La présence de capitaux réservés dans le capital commercial sera normale ; une partie des revenus du négoce étant tout naturellement utilisée à augmenter ou embellir le fonds de commerce.

Il reste donc maintenant à examiner comment l'on va

procéder pour faire dans le profit total la part du travail et celle du capital. Il semble que l'on a beaucoup exagéré les difficultés de cette opération, car les juges, les notaires et les parties avaient déjà auparavant bien souvent l'occasion d'y procéder, et on ne trouve trace nulle part de discussions et de différends nés à ce sujet. Cette opération était par exemple nécessaire chaque fois que le mari avait mis des capitaux qui lui étaient propres à la disposition de son épouse commerçante, sous tous régimes autres que la communauté.

Il faudra donc tout d'abord avoir le tableau exact et l'histoire des capitaux engagés dans le commerce de la femme. Il ne sera pas difficile de savoir avec quel argent le fonds de commerce a été acheté, si c'est à l'aide de capitaux communs, ou de propres de l'un ou de l'autre des époux. De même pour toute mise de fonds qui aurait été postérieurement nécessaire, il faudra établir, et ce sera aisé, d'où ils provenaient.

Le capital commercial une fois décomposé en ses éléments, il ne restera plus qu'à calculer ce qui leur revient sur les gains faits. La loi n'ayant rien dit à ce sujet, on est tout naturellement amené à appliquer le chiffre de l'intérêt légal. L'on peut objecter, il est vrai, que ce chiffre est en cette matière assez bas, et qu'il ne représentera jamais la part exacte du capital dans les produits. Il est impossible, en effet, de dire qu'il n'a contribué dans le commerce que pour 5 0/0, ce chiffre est évidemment bien au-dessous de la vérité. La part contributoire du capital dans le résultat final qui ne peut être appréciée que fort approximativement, est de plus infiniment variable avec chaque genre de commerce et avec chaque commerçant. Il y a des industries plus périlleuses que d'autres et il faudrait rationnellement te-

nir compte au capital des dangers qu'il court. Il y a encore un autre facteur qui devrait intervenir, l'expérience et la capacité commerciale de la femme. Il n'est pas douteux que s'il fallait emprunter à des tiers les fonds nécessaires pour entreprendre le commerce, tout cela entrerait en considération pour la fixation du taux de l'intérêt. De plus, le capital et le travail ont dans le commerce vis-à-vis l'un de l'autre des rôles essentiellement variables, tour à tour principal et accessoire. Tandis que telle industrie n'exige qu'un capital minime mais beaucoup de travail, telle autre, au contraire, nécessite un capital important et l'autre élément ne sera que secondaire.

Mais l'on ne peut tenir compte de ces facteurs et, faute de disposition légale, on est forcé de faire application à notre matière de l'intérêt légal ; sans pouvoir songer, ainsi que le désirerait M. Jean Sourdois, à fixer, à défaut de conventions des parties intéressées, un forfait à taux modéré, une fois pour toutes (1). M. J. Sourdois ne dit pas d'ailleurs à qui revient cette tâche ; et il n'est pas douteux que seul le législateur a qualité pour ce faire.

En quelle matière est-on, et faut-il appliquer l'intérêt légal civil ou commercial ? Le prêt est commercial lorsque son montant doit être employé à des opérations commerciales quelle que soit la qualité, commerçant ou non, de celui qui prête (2). Jurisprudence et doctrine d'accord, on fera donc ici application de l'intérêt légal commercial. La loi du 7 avril 1900 a fixé l'intérêt légal en matière commerciale au taux de 5 0/0, alors qu'en matière civile il n'est que de 4 0/0. L'intérêt légal ne sera appliqué, bien entendu, qu'à défaut de conventions spéciales des parties ; qui, mal-

(1) *Revue trimestrielle de Droit civil*, année 1907, p. 583.

(2) Planiol, t. II, n° 2080.

heureusement, seront rares. Tandis qu'en matière civile, l'intérêt conventionnel ne peut dépasser 5 0/0, il est en notre matière entièrement libre, depuis la loi du 12 janvier 1886 (1).

Il n'est du reste pas impossible que le mari ait consenti à prêter des fonds à sa femme à titre gratuit. Et cela n'a pas besoin d'être fait en la forme ordinaire des donations, puisque c'est le résultat d'un contrat de prêt sans stipulation d'intérêt. Va-t-il falloir, même dans ce cas, faire la distinction des produits du capital et du travail ? La rigueur des principes de l'immutabilité des conventions matrimoniales et de l'incapacité de la femme mariée semble l'exiger, à quelques subtiles conséquences que cela doit conduire. Le mari prête des capitaux qui lui sont propres ; il renonce aux intérêts auxquels il aurait droit de ce chef. Ces intérêts au lieu d'aller dans son patrimoine vont donc tomber dans celui de la femme, mais ce n'en est pas moins le produit d'un capital non réservé ; et sur de tels produits le droit commun matrimonial s'applique : la femme est incapable. Si c'est une femme séparée de biens, par exemple, elle aura sur eux les mêmes pouvoirs qu'elle a sur le reste de sa fortune non réservée. Le fait par le mari d'abandonner à sa femme ce qui devait lui revenir, n'a donc pas pour effet de rendre la totalité du gain commercial de celle-ci bien réservé.

On voit donc en résumé que la situation du mari vis-à-vis de sa femme est celle d'un créancier ordinaire ; elle lui doit l'intérêt des sommes prêtées ; et ce n'est qu'après le paiement de cette dette que le surplus, s'il reste quelque

(1) Si l'intérêt prévu par les époux pour les capitaux engagés par le mari dans le négoce de la femme était tel que l'on puisse y voir un arrangement pour tourner la loi en empêchant la formation de biens réservés, cette stipulation d'intérêts serait nulle.

chose, lui appartiendra en tant que profit de son travail. Lequel peut donc être minime ou nul, ou au contraire considérable, auquel cas elle en profitera seule, le mari n'ayant qu'une part fixe et préalable. En un mot, c'est elle qui court et les risques et les chances du négoce qu'elle entreprend.

L'intérêt légal est-il applicable même au cas où le mari avait, d'après le régime adopté, la jouissance des capitaux qu'il a remis à sa femme pour son commerce ?

Ce peut être, par exemple, des biens dotaux, des propres sous le régime de communauté, ou des biens quelconques de la femme sous le régime sans communauté. Ou bien ne faut-il pas employer alors un mode de calcul différent, et ne donner au mari qu'une part proportionnelle des profits, et non une part fixe. Sa situation serait alors, selon les cas, ou meilleure ou pire qu'avec le système précédent. Si le commerce est extrêmement prospère, sa part serait de beaucoup supérieure à celle calculée avec l'intérêt légal ; s'il périclité, au contraire, elle peut être sensiblement inférieure ; tandis que celle de la femme subirait le contre-coup, moindre qu'avec l'autre système dans la première hypothèse, plus grande dans la seconde. Ce système a été exposé dans un article déjà ancien de M. Thaller, bien antérieur à la loi de 1907, qui visait un problème absolument analogue, et dont les conclusions peuvent être, par conséquent, utilisées pour notre matière (1). M. Thaller supposait une femme entreprenant le commerce avec des capitaux dont le mari, d'après le régime adopté (sans communauté ou dotalité universelle) aurait dû avoir la jouissance. Il lui semblait impossible et contraire au droit matrimonial que

(1) *Annales de Droit commercial*, année 1896, p. 194. Article intitulé :
« Si les bénéfices du commerce sont ou ne sont pas des fruits ».

l'usufruit du mari, de ce fait, cessât de lui appartenir, pour revenir à la femme. Et voici le système qu'il proposait : « L'usufruit, c'est l'intérêt du capital engagé dans l'exploitation, les bénéfices représentent cet intérêt suivant une mesure à déterminer et pour une portion qui sera nécessairement plus ou moins arbitraire. Il est clair que la fraction n'en sera pas la même si l'inventaire annuel donne un boni de 1 0/0 ou un boni supérieur à 8 0/0. Le mari n'est point créancier pour une part ferme, car il n'est intervenu entre eux ni contrat de louage ni une autre convention, il est douteux au surplus qu'une telle convention soit légitimement possible de l'un à l'autre dans une situation pareille. Cet intérêt tombera même à zéro si l'affaire est en perte ».

Cette solution ne semble pas devoir être admise. Elle est tout d'abord inapplicable. M. Thaller dit bien que le calcul se fera selon une certaine proportion, mais il ne dit pas et ne peut pas dire laquelle ni à qui il revient de la fixer, ce que le législateur seul pourrait faire. Il parle de plus d'usufruit ; mais il semble qu'il n'en applique pas les règles. Lorsque l'usufruitier administre lui-même les capitaux sur lesquels porte son droit, dans ce cas le bénéfice qu'il retire est variable ; de même lorsqu'il les confie à un mandataire, ou les fait entrer en société ; or, ce n'est pas le cas ici. Lorsqu'il se décharge de leur administration (comme dans l'espèce examinée par M. Thaller) il place ces valeurs ou il les prête ; mais alors il a droit à l'intérêt de ce placement en tant que créancier ; peu lui importent les résultats de l'entreprise dans laquelle les capitaux ont été engagés. Ce qui lui est dû ne varie pas, il ne court ni les risques ni les chances de l'affaire. M. Thaller ne croit pas une pareille convention possible entre les époux. Mais il ne dit pas pour-

quoi, et il est bien certain que rien dans notre droit ne s'oppose à un prêt entre époux ; et que seule l'existence d'un contrat de cette sorte peut expliquer la situation. Il n'y a donc pas lieu de faire aucune distinction pour la rétribution du capital commercial ; et même lorsque le mari en avait la jouissance, il n'a droit qu'à l'intérêt.

Il est inutile d'insister sur les conséquences pratiques qu'auraient eues les deux systèmes ; dans celui qui est soutenu ici, le mari est un créancier de la femme. Il a donc le droit de concourir avec les autres créanciers et il obtient ce qui lui est dû, même s'il n'y a pas de bénéfices. Avec le système de M. Thaller, il ne vient qu'après les créanciers, et seulement s'il y a des bénéfices et proportionnellement à ceux-ci.

Examinons maintenant quand et comment on va procéder pour l'attribution au mari de ce qui lui revient. Il a été soutenu que le règlement de compte aurait lieu à la dissolution de la communauté ou du commerce. Il y a là, sans doute, une confusion avec la restitution au mari du capital. Car cela ne semble guère pratique ; il y aurait de grandes complications vu le nombre souvent important d'années sur lequel il pourrait porter. De plus, nous avons vu qu'il s'agit d'un intérêt, par conséquent de quelque chose d'essentiellement annuel. En outre, le but même de l'opération ne serait pas atteint et ce serait sanctionner ce que l'on a voulu justement éviter. Il fallait que le mari conservât à toute force la jouissance de certains biens et l'administration de leurs produits ; or, avec la solution critiquée on l'abandonne à la femme souvent pour toute la durée du mariage. Le versement au mari de ce qui lui revient devrait donc avoir lieu de préférence chaque année, à la suite de l'inventaire annuel, par exemple.

Le mari a des droits redoutables qui lui donnent la haute main sur le commerce de sa femme, et qui lui permettront de rentrer en possession de ses capitaux quand bon lui semblera. Il peut, tout d'abord, révoquer son consentement au commerce de la femme, lequel devient alors impossible. Cette faculté n'est d'ailleurs pas absolue, et l'on sait que la justice a le pouvoir d'en examiner le bien fondé et de s'y opposer s'il y a lieu.

Il peut en outre opérer le retrait des capitaux qu'il avait mis dans le commerce de la femme, et qui lui appartiennent en propre ou dont le régime adopté lui donne l'administration et la jouissance. Si cet argent formait la plus grande, ou une importante partie du fonds commercial, la femme est bien obligée de le liquider tout entier et le commerce devient impossible de ce fait ; la justice n'ayant dans ce cas aucune possibilité d'intervenir. Parfois peut-être un terme aura été stipulé et alors le mari ne pourra réclamer le montant du prêt qu'à l'échéance. La validité de cette modalité ne semble pouvoir être contestée, sous le prétexte qu'elle ferait échec à la puissance maritale en empêchant le libre retrait des capitaux : le mari n'a fait que s'obliger. A défaut d'un terme stipulé, la femme devra restituer lorsque bon semblera au mari. Il est vrai que la fixation d'un terme peut être tacite et résulter des circonstances ; le fait de prêter de l'argent à une personne pour lui permettre d'entreprendre un commerce dénote bien l'intention de le lui laisser un laps de temps assez long ; sans quoi il serait de peu d'utilité. Mais pour le mari ce raisonnement aboutirait à faire durer le prêt tout le temps du commerce ; et ce que l'on peut présumer c'est le contraire : le mari a entendu se réserver son entière liberté. Les conséquences fâcheuses de cette faculté de retrait ont fait naître en Alle-

magne bien des controverses (1). Les uns, avec Plank, reconnaissent ce droit au mari, tout en estimant ses effets désastreux ; auxquels un autre système avec Dernburg essaye d'échapper en considérant le capital comme un instrument de travail ; lequel est (art. 1366, C. c. allemand) bien réservé légal. C'est cette dernière solution qu'adopte M. Léon Lyon-Caen. La disposition du Code allemand sur les instruments du travail n'ayant pas été reproduite en France, la question ne se pose même pas. Et l'on peut tout au plus proposer comme remède, l'application de l'art. 1900 C. civil qui permet au juge d'accorder des délais s'il n'y a pas de terme fixé pour la restitution.

En résumé, le mari ne peut théoriquement s'opposer souverainement, comme bon lui semble, à l'exercice d'un commerce de sa femme, régulièrement autorisé, la justice ayant le pouvoir d'examiner le bien fondé du retrait d'autorisation et de le rejeter s'il n'est pas motivé. Mais, en fait, il peut arriver à ses fins d'une manière détournée, il est vrai, mais sans que rien ne puisse l'arrêter. Il n'a qu'à opérer le retrait des capitaux dont il a la disposition qui sont affectés au commerce de la femme. Il faut supposer, pour qu'il ne puisse user de ce moyen avec succès, ou bien que le fonds de commerce de la femme ne comporte que peu de ces capitaux, en sorte que la liquidation n'en est pas nécessaire par suite du retrait, ou bien encore que le mari n'a aucun pouvoir sur les capitaux qui le forment ; ce qui sera rare.

Abordons maintenant la question de la propriété du fonds de commerce. Si la femme est séparée de biens ou mariée sous le régime sans communauté ou dotal, pas de doute, c'est elle qui en est propriétaire et peu importe qui a

(1) Léon Lyon-Caen : *La femme mariée allemande*, p. 267 et s.

fourni les capitaux nécessaires à l'achat, desquels elle est débitrice, et qu'il va lui falloir restituer (1). Mais il y a grand intérêt à savoir quel caractère au juste a ce bien de la femme. Est-il bien réservé ou bien propre ? Selon la solution adoptée, les conséquences diffèrent du tout au tout. Dans le premier cas, si le fonds a la qualité de bien réservé, c'est la femme qui a sur cette valeur pleine capacité, qui va en opérer la liquidation, qui le vendra ; puis, l'actif réalisé, elle remettra au mari les biens qui y étaient inclus et dont il a la jouissance d'après le régime adopté (des capitaux appartenant à la femme sous le sans communauté par exemple). Cela fait, tout le reste lui appartiendra à titre de bien réservé. Or, il faut bien remarquer que ce qui reste après les dettes payées (et principalement le mari), n'est pas entièrement produit du travail. Prenons un exemple : la femme exploitait un hôtel ; une ligne de chemin de fer est construite dans le pays et une station se trouve tout à proximité de l'hôtel qui, de ce fait, et indépendamment de tout travail de la femme, acquiert une plus-value qui peut être énorme et en doubler le prix. Toute cette plus-value sera acquise à la femme à titre de bien réservé ; et il en est ainsi, bien entendu, dans tous les cas similaires où il y a accroissement

(1) La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce principe que toute acquisition appartient à celui au nom de qui elle est faite et cela sans qu'on ait à se préoccuper de savoir si le prix a été payé avec l'argent de la femme ou bien avec celui du mari ou de tiers. Un arrêt de la Cour de cassation du 13 janvier 1897 (D. P. 97, 1, 273, avec note de M. Sarrut et de nombreuses décisions) a consacré ce principe pour le cas où l'achat a été fait avec des capitaux du mari. Dans le même sens : tribunal civil de Laval, 27 nov. 1902 (D. P. 1903, 2, 431, et note). Le fait pour le mari d'avoir payé de son argent une acquisition de sa femme le rend débiteur de celle-ci pour le montant des sommes déboursées. La preuve de l'origine des deniers se fera selon le droit commun. Comme il y a là un fait, la preuve par témoins et par présomption sera donc admissible.

de valeur du fonds de commerce par suite de circonstances indépendantes de la volonté de la femme : percement de rues, etc. Il y a là un phénomène juridique analogue à l'accession, qui est le droit d'un propriétaire de choses corporelles qui s'enrichit de tout ce qui s'unit à sa chose : la plus-value du fonds, bien incorporel, est également pour le propriétaire.

Si le fonds de commerce de la femme a le caractère de bien propre (sous le régime de communauté réduite aux acquêts, par exemple) la solution change entièrement, et cela quoique le titulaire de la propriété reste le même. Car si le capital appartient bien à la femme, ce n'est pas elle qui doit en avoir l'administration et la jouissance. Aussi, à la cessation du commerce retombe-t-il sous la main du mari conformément aux règles du régime adopté. Ce sera à lui à procéder à la liquidation et à donner à sa femme les biens réservés qui peuvent y être inclus ; le surplus sera soumis à son administration, et c'est la société d'acquêts qui en aura la jouissance.

On voit donc quel intérêt primordial il y a à déterminer lequel des deux patrimoines de la femme, propre ou réservé, comprend le fonds de commerce. Si la femme n'avait avant de l'acquérir jamais travaillé, il a été nécessairement acquis avec de l'argent propre. Il sera, par contre, réservé si c'est avec les économies d'un précédent travail que la femme en a fait l'acquisition ; et si les biens propres n'ont servi que d'appoint. Au surplus, c'est une question qui a été examinée plus haut en détail et sur laquelle nous ne pouvons revenir.

Même solution pour la communauté ; ou bien le fonds de commerce aura été payé avec des fonds réservés et il aura lui-même ce caractère, ou bien avec de l'argent com-

mun et ce sera alors un bien de communauté. A la dissolution le mari reprendra la gérance de tout le capital opérera la liquidation, et ce sera à lui à tenir compte à la femme de ce qui peut lui revenir comme produit du travail. Ce sera la communauté qui profitera des plus-values qui ont accru son bien.

On a supposé jusqu'ici que la plus-value était indépendante de la volonté de la femme ; mais si elle provenait de son travail et de son habileté commerciale ce serait, à proprement parler, un produit du travail et, comme tel, il faudrait lui reconnaître la qualité de bien réservé. Et cela quel que soit le patrimoine particulier de la femme dont dépend le fonds de commerce, que ce soit un bien commun, un paraphernal, etc., les termes de l'art. 1 : « la femme a sur les produits de son travail... » ne permettant pas de distinguer. Une interprétation large s'impose ici : la loi n'a pas voulu viser uniquement le salaire immédiat ou le gain journalier, mais bien toute valeur qui a pour origine le labeur de la femme.

Ce qui conduit à admettre des solutions différentes selon l'origine de la plus-value. Si c'est le travail de la femme, elle lui appartient dans tous les cas en tant que bien réservé. provient-elle au contraire de circonstances extérieures, ce sera alors la masse propriétaire du fonds (la communauté par exemple) qui en bénéficiera. Si enfin la plus-value provient d'impenses ou d'améliorations, le patrimoine qui aura fourni les capitaux nécessaires s'en trouvera créancier.

Nous avons examiné jusqu'ici le cas où le mari engageait des capitaux dans le négoce de sa femme, la question peut se poser en sens inverse, identique, pour la femme. Que décider, en effet, si elle donne à son mari des biens réservés pour lui permettre d'entreprendre un commerce ? La situa-

tion est la même, et il y a mêmes raisons de statuer pareillement. De même que le mari, et dans les conditions exposées plus haut, elle pourra donc retirer à tous moments ses capitaux de l'entreprise, qui ainsi sera parfois à sa merci. La loi veut en effet qu'elle ait, sur les produits de son travail, certains droits ; et les époux ne peuvent les annihiler par aucune combinaison. Il en résulte que de l'emploi possible de ses capitaux réservés dans l'entreprise du mari, la femme a acquis une grande influence dans le ménage. Il semble également qu'il faille établir un parallélisme complet entre les deux situations et reconnaître à la femme le droit de demander au mari l'intérêt légal (à défaut d'intérêt conventionnel) des sommes prêtées. La loi veut qu'elle en ait la jouissance, et il est impossible de présumer que, dans tous les cas, le contrat de prêt intervenu entre elle et son mari ait été conclu à titre gratuit. En effet, la femme ayant la libre administration et disposition de ces biens, elle n'en retirera aucun profit que lorsque telle aura été sa volonté.

Bien souvent aussi, la femme ne se contentera pas d'apporter au commerce de son mari un appui pécuniaire, mais en outre elle y travaillera. On voit qu'il va y avoir alors conflit entre deux règles contraires. Celle de l'art. 1 *in fine* qui suspend l'application de la loi, quand il y a travail commun, et celle de l'art. 1 § 1 qui donne à la femme, dans tous les cas, pleine capacité sur les produits de son travail. Le profit commercial du mari aura pour origine en effet, et dans une mesure variable, le travail de la femme et ses capitaux réservés. Que décider ? Remarquons tout d'abord que ces deux règles ont des champs d'application absolument distincts. L'une vise la formation même des capitaux réservés, à laquelle elles s'oppose ; l'autre suppose ces capitaux déjà existants, venant d'un travail antérieur, et règle les pouvoirs de

la femme à leur égard. Il n'y a donc qu'à les appliquer distributivement. Supposons, par exemple, que la femme a engagé dans l'entreprise de son mari des biens réservés et que, de plus, elle y travaille, et cela sans rémunération promise ni payée. La règle sur le travail commun mettra bien obstacle s'il n'y a conventions contraires, à ce qu'elle demande, sur les projets qui seront réalisés, ce qui peut représenter le fruit de son travail. Mais elle aura évidemment le droit d'obtenir toujours l'intérêt de ses capitaux. Si elle touchait en plus une rémunération pour son travail (laquelle est bien réservée, ainsi que nous l'avons vu) l'appui qu'elle donne à son mari est alors, en entier, à titre onéreux. Mais il sera rare que le mari paie le travail de son épouse.

Il y a quelque chose de paradoxal à ce qu'une loi émançant la femme laborieuse lui donne, comme dans l'hypothèse actuelle, le droit de percevoir les produits de ses capitaux mais non ceux de son travail. En pratique, cela s'explique assez. S'il est facile de calculer l'intérêt annuel dû à la femme à raison des capitaux par elle engagés dans le commerce de son mari ; il y aurait au contraire de très grandes difficultés à évaluer la somme que représente le travail par elle fourni dans le même commerce.

CHAPITRE V

SOCIÉTÉ

SECTION I

Société avec un tiers.

Dans le silence de la loi une incapacité toute d'interprétation, était venue ici restreindre la capacité de la femme commerçante. Vu la gravité de ce contrat, on présumait que le mari, en donnant à son épouse une autorisation générale de faire le commerce, en exceptait toutefois l'entrée dans une société. Acte périlleux et délicat, puisque la femme va contracter de nombreuses obligations solidaires qui vont mettre son patrimoine en danger, et, s'il y a lieu, la communauté et le mari. En outre, plus d'expérience, d'habileté et de capacité sont nécessaires pour une société que pour un commerce. L'autorisation pour faire le commerce est toujours révocable, tandis que le mari aurait été forcé de respecter le contrat de société passé par sa femme avec un tiers (1). On fait valoir aussi une raison de convenance, les

(1) La femme ne peut sortir d'une société avec des tiers, si elle a été

associés ont entre eux, par la force même des choses, des rapports fréquents et étroits, et il est bon que le mari ne les autorise qu'en connaissance de cause. C'est enfin une des prérogatives du pouvoir qui lui est donné sur la personne de sa femme, en tant que mari.

La jurisprudence exigeait donc, pour la société, une autorisation spéciale du mari (1). Est-elle encore nécessaire ? La question se pose lorsque la femme a des biens réservés : l'art. 1 lui donne dans ce cas le pouvoir d'en faire libre emploi. Or, la société serait un de ces emplois, prévus et permis par le texte très large de la loi, par cela seul qu'il n'est pas exclu expressément. Cela a semblé décisif à certains commentateurs de la loi, principalement à M. Pichon (2), lequel ne voit qu'une objection possible. L'art. 2 de la loi donne au mari la possibilité d'obtenir de la justice le retrait des pouvoirs de la femme, si elle en abuse, or, il lui semble qu'admettre entièrement pour elle la faculté d'entrer en société ce serait compromettre ce droit de révocation, le mari étant obligé de respecter les délais convenus pour la dissolution. Aussi M. Pichon pour concilier ces deux règles qui lui semblent contradictoires, propose-t-il un compromis. La femme pourra s'engager sans aucune autorisation maritale dans toutes sociétés dont elle ne s'interdit pas le droit de sortir pour un temps plus ou moins long (3), réservant ainsi au mari le libre exercice de la fa-

autorisée par son mari, que dans les cas où il est permis à un associé ordinaire de le faire.

Cass., 9 nov. 1859 (D. P. 60, 1, 87).

Lyon, 28 juin 1866 (D. P. 66, 2, 224).

(1) En ce sens, Rouen, 3 déc. 1858 (S. 59, 2, 501).

Cass., 9 nov. 1859 (S. 60, 1, 74).

(2) Pichon, *op. cit.*, p. 51 et s.

(3) Si cela était admis, la femme ne pourrait engager par ses actes que

culté de l'art. 2. Elle pourrait entrer ainsi dans les sociétés où la part de l'associé est constatée par un titre négociable, et dans celles à durée indéterminée dont on peut sortir quand bon semble (1). Seraient seules interdites les sociétés à terme fixe.

Mais il ne semble guère douteux que les raisons de la jurisprudence subsistent encore aujourd'hui et qu'il faille exiger, comme auparavant, pour l'entrée en société, l'autorisation spéciale du mari. Et d'abord toutes les fois que la femme qui veut faire emploi de ses biens réservés n'a pas la qualité de commerçante, elle va l'acquérir par son entrée dans une société. La question se confond alors avec celle de l'entreprise d'un commerce, déjà solutionnée plus haut par la nécessité reconnue de l'intervention maritale (2). Il faut donc supposer qu'une commerçante régulièrement autorisée à faire le négoce, désire former une société sans l'autorisation maritale. Les termes de l'art. 1 sont beaucoup moins décisifs que le pense M. Pichon, ils ne parlent que « d'emploi en valeurs mobilières ou immobilières ». Ce texte, bien évidemment, ne vise que des placements de capitaux et non des entreprises. Les travaux préparatoires montrent également qu'on a voulu permettre à la femme uniquement de capitaliser. La puissance maritale et le pouvoir sur la personne de la femme n'ont été en rien amoindris, si le pouvoir sur les biens a été, dans certains cas, supprimés. Le

ses biens réservés. Les créanciers sociaux seraient sans pouvoirs sur ses propres, la communauté et le mari.

(1) L'art. 1869 qui, dans ce cas, donne à chaque partie la faculté de dissoudre la société par une renonciation notifiée à tous les associés, y met une condition : il faut que cette renonciation « soit de bonne foi et non faite à contre-temps ». On voit donc que, même pour les sociétés à durée illimitée, le retrait de pouvoirs ne serait pas toujours possible.

(2) Nous n'examinerons ici que l'hypothèse d'une société commerciale.

mari est toujours le chef du ménage ; il a le droit de régler et de surveiller le genre de vie de son épouse. L'autorisation pour faire le commerce étant toujours nécessaire, il est toujours aussi logique de présumer que le mari n'a pas donné, dès le début, celle de former une société avec des tiers qu'il ne connaissait pas alors et qu'il s'est réservé sur ce point une décision spéciale pour le moment opportun. L'on sait que le mari qui donne à sa femme une autorisation de faire le commerce peut spécifier la nature du négoce et poser certaines conditions et restrictions. Il est tout à fait rationnel de présumer celle qui concerne la société ; dans l'immense majorité des cas cette présomption est vraie. Il serait d'ailleurs peu satisfaisant que la loi ait donné tant d'indépendance à la femme ; ce qui serait contraire à la paix du ménage.

La femme ne pourra donc, sans l'autorisation de son mari, entrer dans aucune société ; sans qu'il y ait lieu de distinguer si elle peut ou non s'en libérer à volonté.

Si la femme était entrée en société sans l'autorisation nécessaire, qu'advierait-il ? Elle n'en est pas moins capable de s'obliger sur ses biens réservés ; ses créanciers pourront donc toujours se payer sur ce gage restreint, mais il n'est pas douteux que le contrat de société qui la lie avec ses coassociés est nul ; à la différence des premiers on ne peut pas le concevoir valable pour partie seulement, puisqu'il intéresse la personne même de la femme.

SECTION II

Société entre époux.

Là encore la jurisprudence prononce une nullité sans texte. La doctrine n'est pas d'ailleurs unanime à la suivre. Le nombre et l'ensemble des arrêts sur cette matière sont imposants, ils ne cherchent même plus à justifier la solution se bornant à l'affirmer ; et rien ne permet d'espérer un revirement (1). C'est ainsi que l'arrêt de Cassation du 19 mai 1908 porte simplement : « Attendu que toute société entre époux même séparés de biens judiciairement est entachée de nullité comme incompatible avec l'exercice de la puissance maritale, et susceptible de porter atteinte à l'immutabilité des conventions matrimoniales... »

Ce sont en effet les principales raisons sur lesquelles repose le système... Le Code a voulu que la femme fût placée

(1) Dans le sens de la nullité. Nîmes, 24 avril 1900 (S. 1902, 2, 302).

Requête, 23 avril 1902 (D. P. 1902, 1, 309).

Nancy, 9 avril 1901 (D. P. 1902, 2, 140).

Cass. civile, 5 mai 1902 (D. P. 1903, 1, 207).

Grenoble, 21 mai 1902 (D. P. 1903, 5, 689).

Trib. civil Seine, 2 juin 1906 (*Gaz. Trib.*, 18 oct. 1906).

Requête, 11 avril 1906 (*Pand. franç.*, 1906, 1, 212) (D. P. 1908, 1 284). Requête, 19 mai 1908 (D. P. 1908, 1, 359) Toulouse, 29 mai 1908. (*Gaz. Trib. Midi*, 28 juin 1908). Cette nullité est d'après les arrêts d'ordre public ; tous les intéressés peuvent l'invoquer.

Dans le sens de la validité, Amiens, 3 avril 1851 (D. P. 51, 1, 211) (cass.) ; — Trib. comm. Bruxelles, 14 mars 1853 (D. P. 54, 3, 8) ; — Solut. impliquée, Montpellier, 6 août 1867 (D. P. 69, 1, 208) ; — Trib. Comm. Seine, 19 déc 1903 (*Gaz. Palais*, 1904, 1, 318) ; — Nancy, 9 février 1907 (D. P. 1907, 2, 140) (Solution impliquée).

dans un état de subordination à l'égard du mari dont la puissance s'étend et sur la personne et sur les biens ; sous tous les régimes elle est incapable. Or, cette condition serait inconciliable avec la qualité d'associée, qui va mettre la femme sur un pied d'égalité avec son mari, lui permettre de demander des comptes, lui donner voie délibérative, alors qu'elle ne devrait qu'obéir. Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales s'oppose enfin à ce que le régime adopté soit ainsi bouleversé ; il tendait, par exemple, à séparer les intérêts des époux, c'était la séparation de biens ; or, par l'effet de la société ces intérêts vont être rapprochés et rendus communs, et la femme qui n'aurait pas dû être tenue des dettes de son mari, s'y voit obligée en tant qu'associée.

On cite de plus à l'appui, un certain nombre de textes qui sont hostiles aux contrats entre époux ; la donation est toujours révocable, la vente est nulle, de peur qu'elle ne cache des avantages déguisés. Ne faut-il pas alors faire un raisonnement par analogie, car la société est éminemment propice à toutes les fraudes ?

Tous ces arguments sont loin d'être décisifs. Dès avant la loi de 1907 des auteurs soutenaient la validité de la société entre époux ; et la loi nouvelle apporte à cette thèse un appui précieux. Il faut répondre en effet que ce qui serait contraire à l'immutabilité des conventions matrimoniales, ce seraient des conventions qui mettraient les règles des régimes matrimoniaux définitivement en échec. Mais ce principe n'empêche pas que les époux puissent faire entre eux des contrats et disposer même de la propriété de leurs biens en faveur l'un de l'autre. La conception de l'autorité maritale telle qu'elle ressort des arrêts est par trop rigide et vieillie ; elle choque de front les mœurs, et la légis-

lation est loin de s'en inspirer. Pour ce qui est des fraudes possibles, il suffirait d'annuler les Sociétés qui les renferment sans frapper aveuglement et indistinctement. La loi de 1907 rend d'ailleurs encore plus faibles les arguments de la jurisprudence, la subordination de la femme au mari reçoit une rude atteinte ; l'épouse qui travaille devient l'égale, ou presque, du mari (1). Ce dernier perd sur ces biens tout pouvoir, tandis qu'elle acquiert même (dans le régime de communauté) le droit de l'obliger, non plus en vertu d'un mandat tacite, mais même malgré lui. La capacité sur les biens s'accompagne nécessairement d'indépendance personnelle, et la femme obtient un pouvoir de direction dans le ménage. Et l'on voit à quel point la conception si étroite et rigoriste de la jurisprudence, en ce qui concerne l'autorité maritale, est étrangère au législateur, lequel nous donne lui-même l'exemple en faisant de la femme par cette loi non une subordonnée mais une associée de son mari. Cette égalité de droits lui est reconnue lorsqu'elle travaille et pour son travail ; et c'est précisément le cas quand elle entre dans une société. En sorte que l'argument de la jurisprudence est sans force en notre matière.

Spécialement lorsque la femme veut mettre dans une société, avec son mari, ses biens réservés, il y a une raison péremptoire d'admettre la validité ; c'est que l'on n'a pas à s'occuper de la puissance maritale, puisqu'elle est justement, dans ce cas, abolie par la loi.

De même pour le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ; on ne peut concevoir qu'il soit violé en quoi que ce soit, parce que la femme apporte ses biens réservés dans une société avec son mari. On ne peut plus

(1) Voir dans le sens de la validité l'article de M. Pic dans la *Revue trimestrielle de Droit civil*, année 1907, p. 48.

dire qu'elle va acquérir de ce fait, sur ces biens, des pouvoirs inconciliables avec le régime adopté et l'incapacité de la femme mariée ; puisque ces pouvoirs elle les avait déjà de plein droit auparavant, et qu'au surplus ils sont les mêmes sous tous les régimes : elle en a la libre disposition et peut, sans aucune intervention de son mari, les grever de dettes.

La conclusion que l'on doit tirer de tout ceci, c'est que même pour ceux qui admettent, sans bonnes raisons d'ailleurs, la nullité des sociétés entre époux, il faut, depuis la loi de 1907, faire exception pour la femme qui a des biens réservés, lorsque ce sont justement ces biens qui sont les objets de ses apports. La jurisprudence peut prononcer sans se contredire la validité d'une telle société, puisque ici ses deux arguments fondamentaux en faveur de la nullité ne peuvent plus être invoqués. Enfin, pour être logique, il nous faut admettre également la validité de la société entre époux, lorsque la femme n'y apportera que son travail, puisque les produits en sont biens réservés.

Il y a, de plus, en faveur de la solution proposée, des considérations pratiques pressantes. Sous la communauté, elle procurera aux créanciers sociaux un gage plus considérable, puis qu'ils vont pouvoir se payer sur les biens réservés. Sous la séparation de biens et le régime dotal elle va créer entre les époux une communauté d'intérêts qui n'existait pas d'après le régime adopté, et il y aura aussi une augmentation de crédit. Mais le bienfait capital de la société sera de solutionner toutes les difficultés qui surgissent à l'occasion du travail commun des époux. Deux dispositions l'entravent et le gênent ; celle de l'art. 5 C. comm. qui présume que la femme est employée du mari ; et celle de l'art. 1 de la loi du 13 juillet 1907 qui exclut les gains résultant d'un travail commun. Va-t-il donc falloir que la

femme se résigne à n'être que la subordonnée de son mari, une de ses salariées ; ou alors, sans milieu possible, que ce soit la femme chef d'industrie qui ait son mari sous ses ordres en tant qu'employé ? Cette dernière situation est parfaitement possible, puisque les arrêts ne voient dans l'art. 5 qu'une présomption *juris tantum*, et admettent la femme à faire la preuve que son mari n'est en réalité que son employé. Remarquons, en passant, l'inconséquence de la jurisprudence qui proclame que le principe de l'autorité maritale ne permet pas l'égalité entre époux, c'est-à-dire la société ; alors qu'elle ne voit aucun inconvénient à la subordination totale du mari à sa femme.

On conçoit que la femme veuille toucher les produits de son travail, car ils représentent pour elle une très grande indépendance ; et qu'elle tienne à avoir dans le commerce la situation et le rôle auxquels sa capacité commerciale lui permet d'aspirer. Pour éviter les dispositions sur le travail commun, si aucun remède n'est possible, va-t-elle donc être obligée de travailler séparément, ou même avec des tiers de préférence à son mari ?

Le remède à cette situation regrettable va être la société, les époux seront égaux et toute difficulté pour la répartition des bénéfices sera évitée. Le commerce lui-même se présente ainsi dans de meilleures conditions, le gage des créanciers sociaux se trouvant augmenté. Cette solution est du reste la seule qui donne satisfaction aux exigences que la loi de 1907 ne va pas manquer de faire naître chez la femme devenue maîtresse de son travail.

La nullité de la société pourra être prononcée, bien entendu, s'il était démontré qu'elle n'était qu'un prétexte pour couvrir des fraudes ; si la femme, par exemple, avait voulu faire, par ce moyen, des donations déguisées à son

mari. Les sociétés entre époux contenant des fraudes et destinées à tourner le droit matrimonial sont très nombreuses, ce qui explique et justifie, dans une certaine mesure, le système des arrêts. Mais dans notre matière, ce sera rare, il s'agit en effet d'une femme laborieuse qui a déjà acquis des biens réservés, si elle les apporte en société on peut présumer que ce n'est pas dans une pensée de fraude mais pour les mettre au service du travail commun ; et qu'elle n'a eu en vue que de choisir une forme de travail répondant mieux à sa situation. En un mot, c'est une opération qui n'a rien de suspect de la part d'une personne ayant une profession.

Quoique il semble qu'il y ait de bonnes raisons d'admettre la validité d'une société entre époux au moins lorsque la femme n'y apporte que des biens réservés ; il n'est pas impossible que la jurisprudence en prononce la nullité, même dans ce cas. Malgré la nullité la question des biens réservés se pose ; le commerce de la femme a bien été illicite, cela n'empêche pas, ainsi que nous l'avons vu, qu'elle ait droit aux produits qui ont pu en résulter. Comment les déterminer ? La liquidation de cette société nulle peut se concevoir de deux façons : le partage peut en être fait conformément à l'art. 1853 du Code civil, selon lequel la part de chacun est proportionnelle à sa mise dans le fonds de la société ; ou bien l'on peut suivre les dispositions des statuts réglant la liquidation et le partage de l'actif. L'art. 1853 ne viendrait alors que subsidiairement à défaut de toutes conventions. La jurisprudence admet que, bien que la société entre époux soit déclarée nulle, il a existé une société de fait dont il faut tenir compte et qui rend la liquidation et le partage de l'actif nécessaire. Elle s'appuie sur la règle que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, et pour procéder à cette opération elle applique l'art. 1853 ; l'actif sera par-

tagé en proportion des apports tant mobiliers qu'immobiliers des époux (1).

Il a bien été soutenu récemment 2) que la Cour de cassation avait finalement adopté la seconde opinion. Un arrêt de la Chambre des requêtes du 19 mai 1908 dit en effet, dans un de ses motifs, « qu'en l'absence de conventions écrites, le règlement des intérêts respectifs des époux ne peut s'opérer que d'après l'art. 1853 Code civil » 3). La solution impliquée est donc qu'en principe l'on doit se conformer à la volonté des époux, aux statuts de la société. Mais il semble que cette phrase incidente, alors que faute de conventions expresses des époux, la question n'avait pas à être tranchée directement, ne peut être considérée, en face de nombreux arrêts contraires, comme constituant un revirement de la jurisprudence. Cet arrêt restera peut-être isolé.

La première solution paraît du reste bien préférable, car suivre les dispositions des statuts, ce ne serait prononcer la nullité que pour l'avenir ; pour tout le temps déjà écoulé il y aurait bien eu une véritable société portant ses effets. Puisque le motif invoqué, à tort ou à raison, pour prononcer la nullité, est que ce contrat contient une atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, ce serait, en résumé, sanctionner cette atteinte.

(1) Voir en ce sens. Civile, 7 mars 1888 (D. P., 88, 1, 349) Agen. 22 mars 1899 (D. P., 1899, 2, 474) et plus récemment Requête. 11 avril 1906 (D. P., 1908, 1, 284) (avec note).

2) *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1909, n° 5.

3) D. P., 1908, 1, 359.

CHAPITRE VI

DROIT D'ESTER EN JUSTICE SANS AUTORISATION POUR LES DIFFERENDS COMMERCIAUX

L'art. 6 de la loi porte que « la femme pourra ester en justice dans toutes les contestations relatives aux droits que lui sont reconnus par la présente loi ». L'autorisation du mari ne lui est donc plus nécessaire pour figurer dans une action lorsqu'il s'agira d'un de ses biens réservés. Mais cette disposition doit-elle être interprétée comme lui donnant également le droit d'ester librement en ce qui concerne son commerce? La commerçante qui, parmi les autres femmes laborieuses, jouissait, dès avant 1907, d'une capacité exceptionnelle, la voyait restreinte sur un seul point. L'art. 215 code civil exigeait l'autorisation maritale pour les actions en justice. Cela était très gênant; tout le système était compromis. C'était une porte ouverte par laquelle le mari, mis à l'écart du commerce, pouvait s'insinuer et s'immiscer dans les affaires de la femme, dont il avait parfois ainsi le sort entre les mains. C'était encore trop que son intervention fût nécessaire pour un seul acte. D'autant plus qu'elle ne se justifiait d'aucune manière, et qu'elle était fort critiquée (1).

(1) Voir Lyon-Caen et Renault, *Traité*, 1, 295.

Cet état de choses a-t-il été changé par la loi de 1907. On pourrait en douter, car les termes de la loi semblent contraires « dans toutes les contestations relatives aux droits qui lui sont reconnus par la présente loi... » Or, cette loi ne donne nullement à la femme le droit de faire le commerce, elle ne le réglemente pas, la femme en jouissait depuis longtemps par application des art. 4 et 5 Code comm. L'art. 6 semblerait donc se rapporter uniquement à la gestion des biens réservés. Ce système est celui de la loi genevoise du 7 novembre 1894, qui ne permet à la femme l'action en justice que pour les contestations qui pourraient s'élever sur la consistance des biens réservés. La loi belge la lui refuse totalement, se contentant de réglementer et faciliter l'intervention de la justice, en cas de refus d'autorisation par le mari.

Pourtant la grande majorité des commentateurs de la loi reconnaît à la femme le droit d'ester librement pour ce qui concerne son commerce. Mais il semble bien que le texte de l'art. 6 les gêne, et leur justification n'est pas satisfaisante, quand ils en donnent une. M. Pichon dit, par exemple, « qu'en plaçant dans l'exercice de son commerce la femme ne fait qu'agir pour l'emploi des produits de son travail, et l'art. 6 lui en reconnaît le droit sans réserves » (1). Ce qui semblerait vouloir dire que le fonds commercial se compose de biens réservés, dont elle avait le libre emploi et qu'elle a engagés dans une entreprise commerciale. Or, bien souvent, le plus souvent, ce ne sera pas le cas ; les capitaux peuvent avoir une toute autre provenance : ce sera, par exemple, des biens communs ou des propres de l'un des deux époux.

(1) Pichon, *op. cit.*, p. 79 en note.

La raison en est infiniment plus simple. Ici comme pour le travail commun, il faut éclairer la situation de la commerçante en la comparant à celle de l'ouvrière, qui ne soulève, elle, aucune difficulté. Parmi les droits d'administration que l'art 1 attribue à la femme, se trouve sans contestation possible celui de percevoir son salaire ; le droit d'administration sur certains revenus impliquant nécessairement celui de les percevoir. Puisque c'est un droit que lui reconnaît la loi de 1907, aux termes mêmes de l'art. 6, elle peut ester librement lorsqu'une difficulté s'élèvera à son sujet. Cela a du reste été dit lors des travaux préparatoires. M. Tissier, par exemple, reconnaît à la femme le droit d'ester en justice « et tout d'abord pour réclamer son salaire... (1) »

La commerçante doit avoir le même droit. Mais tandis que l'ouvrière gagne une somme fixe, qui lui est versée à des époques déterminées et quel que soit le succès des affaires, la commerçante, au contraire, fait un nombre considérable d'opérations, des achats et ventes par exemple, et ce n'est que par sa comptabilité qu'elle peut arriver à savoir si finalement elle est à profit ou perte. Le gain ne se laisse donc pas apercevoir dans une opération déterminée et son existence même est douteuse. Aussi, lorsque la femme fera un procès à raison de son commerce, elle fera là une des multiples opérations nécessaires pour obtenir finalement les produits de son travail : son gain commercial. Chaque acte de son commerce entre donc en ligne de compte pour la perception des gains, et à ce titre elle peut, en ce qui les concerne, ester librement en justice.

Ce qui a pu faire douter que l'art. 6 ait une portée si vaste, ce sont ces termes mêmes, et le fait que le législateur

(1) *Bulletin Soc. Et. Légis.*, 1901, p. 45.

n'a pas songé à rayer expressément du Code une disposition qu'il abrogeait indirectement. L'art. 213 Code civil subsiste, en effet, toujours, « la femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique... » La suppression de ce membre de phrase eut empêché toutes difficultés ultérieures. Elle a du reste été proposée postérieurement. M. Violette, à la Chambre, dans son rapport sur une proposition de loi de M. Ch. Beauquier sur la suppression de l'incapacité de la femme mariée, voulait que l'art. 213 fût ainsi modifié. « La femme ne peut ester sans l'autorisation de son mari, à moins qu'elle ne soit marchande publique... » (1). Ce qui impliquait nécessairement que le système de l'art. 213 avait été modifié par la loi du 13 juillet 1907.

La femme pourra donc ester sans autorisation en ce qui concerne son commerce, elle pourra, bien entendu, indifféremment actionner ou être actionnée. Cette question a été tranchée par un jugement du tribunal de Bordeaux du 9 novembre 1908 (2). Des époux soutenaient que si la femme pouvait ester en justice sans autorisation maritale pour les contestations relatives au droit que la loi de 1907 lui octroie ; il n'en était pas de même des tiers adversaires de la femme, et dans le silence de la loi ils devaient continuer à mettre en cause le mari. Cette prétention fut à juste titre repoussée.

La disposition de l'art. 6 doit s'entendre interpréter d'une façon large : quoiqu'elle ne parle que d'ester en justice à la femme, par identité de motifs et *a fortiori* la fa-

(1) Séance du 2 juin 1908. *J. O.*, Chambre, 1908, Annexes, n° 1753, p. 429.

(2) *D. P.*, 1909, 5, 18.

culté de transiger et compromettre, de participer à une contribution ou à un ordre, à une adjudication, etc. Si dès auparavant la commerçante pouvait transiger ayant, ainsi que l'exige l'art. 2045 Code civil, la disposition des droits compris dans la transaction ; le pouvoir de compromettre lui était contesté et généralement refusé, car le compromis implique un procès porté devant des arbitres (1).

En résumé, nous admettons que la femme peut ester librement pour les besoins de son commerce, mais ce n'est pas parce que l'objet de la contestation est un bien réservé. Le montant d'une créance à raison de fournitures faites dont on poursuit le recouvrement, une indemnité réclamée à raison de concurrence déloyale, ne sont pas biens réservés ; on ne peut dire qu'il y a là produits du travail. Mais c'est parce que, en agissant ainsi, la femme recherche et poursuit son gain commercial, qui, lui, sera bien réservé. Nous sommes donc amené à conclure que les procès, auxquels pourraient donner lieu soit une constitution d'hypothèque, soit une aliénation d'immeuble propre faite en vue du commerce, répondent au critérium admis (2). Par conséquent, la femme pourra ester dans ces contestations sans l'autorisation maritale. C'est un cas où l'atteinte qui est portée à l'autorité *maritale*, est particulièrement sensible ; mais il est impossible de faire d'exceptions et il importe avant tout que le mari n'ait aucune occasion d'intervenir dans le commerce de la femme.

(1) Lyon-Caen et Renault, *Manuel*, p. 66.

(2) *Contra* Deschamps, *Thèse*, Paris, 1909, p. 54.

CHAPITRE VII

GAGES DES DIFFÉRENTS CRÉANCIERS

De quels créanciers et sur quels biens les créanciers commerciaux de la femme vont-ils avoir à subir le concours, et quel est leur gage, c'est ce qu'il importe de déterminer avec le plus de précision possible. L'art. 2092 Code civil affecte bien au paiement d'un créancier tous les biens de son débiteur, mais le droit matrimonial impose de nombreuses exceptions au principe de l'universalité du gage. La loi du 13 juillet 1907, tout particulièrement, découpe dans le patrimoine de la femme de nombreux patrimoines secondaires qui se juxtaposent et se chevauchent les uns les autres. Il y a différentes espèces de créanciers qui chacune a un gage particulier et l'on ne peut connaître la situation exacte de l'une d'elles, que si l'on sait quels sont ceux qui viennent en concours avec elle. Il s'agit donc de déterminer les gages de chacun des créanciers.

La femme a pu s'obliger avec l'autorisation spéciale du mari, ou à raison d'un commerce entrepris en vertu d'une autorisation générale. L'autorisation a pu être donnée par la justice ; l'obligation peut dater d'avant le mariage. La femme a pu aussi s'engager dans l'intérêt du ménage ou

encore sans aucune autorisation et hors cet intérêt. Des créanciers du mari peuvent même, dans certains cas, poursuivre certains biens de la femme et vice versa.

Examinons dans chacun de ces cas quel sera le gage affecté au paiement de la dette.

Si la femme est autorisée de son mari tous les biens, réservés ou non, répondent de sa dette ; sauf s'ils sont dotaux, les biens réservés eux-mêmes pouvant être frappés de l'inaliénabilité dotale ainsi que l'on verra plus loin. Si elle est mariée sous le régime de communauté, le créancier a en outre action sur la communauté et les biens du mari (art. 1409-2 et 1419). Le créancier commercial a le même gage, puisque la femme a agi en vertu d'une autorisation générale de son mari, qui a les mêmes effets que l'autorisation spéciale. Si la femme n'est autorisée que de justice, la situation change. Ni la communauté ni le mari ne sont obligés, et sous les régimes où la jouissance des propres appartient à la communauté ou au mari, les créanciers seront réduits à la nue propriété des propres de la femme et aux biens réservés en toute propriété. Il doit en être de même si l'on admet que la justice peut autoriser une femme mariée à entreprendre un commerce : même gage restreint.

La femme peut s'obliger enfin dans l'intérêt du ménage. Autrefois déjà, la jurisprudence lui reconnaissait le droit en cette matière d'engager les dépenses courantes sans procuration spéciale du mari, en vertu d'un mandat tacite sous-entendu (1). Elle avait par là refait le droit, car c'est un pouvoir nécessaire pour la femme, qui est là dans sa sphère d'action par excellence. Aujourd'hui qu'elle peut

(1) Voir Planiol, t. III p. 126.

s'obliger librement, y a-t-il quelque chose de changé ? Elle peut, bien entendu, s'obliger personnellement dans l'intérêt du ménage, si elle le veut ; ses créanciers pourront alors se payer sur les biens réservés ; mais puisqu'elle n'a pas été autorisée de son mari, ils n'auront pas action sur ses propres. Mais si, comme cela arrivera souvent, elle engage les dépenses courantes nécessaires à la vie du ménage sans spécifier en quelle qualité elle le fait, que décider : doit-on la considérer comme s'étant obligée personnellement ou en vertu d'un mandat tacite ? Il s'agit, en un mot, de savoir si la théorie du mandat tacite n'a pas été, pour les femmes laborieuses, rendue inutile par la loi de 1907. La difficulté est que l'on peut se demander pourquoi présumer que la femme agit en qualité de mandataire du mari, alors qu'elle a un droit propre de s'obliger. Il faut répondre que c'est parce que cela est conforme aux faits, la femme a beau travailler, il ne s'ensuit pas qu'elle veut entretenir à elle seule le ménage ; et le fait qu'elle engage toutes les dépenses, que seule elle s'occupe de l'entretien et de la nourriture de la famille, montre assez qu'il y a là une fonction déléguée. Qu'elle travaille ou non, les fournisseurs la considèrent dans tous les cas comme mandataire du mari.

Toute cette question n'a d'ailleurs qu'un intérêt purement théorique. Quelle que soit la solution adoptée, le gage des créanciers ne change pas. Si l'on admettait que la femme s'oblige ainsi personnellement (1), le mari et la communauté n'en seraient pas moins tenus de ces dettes par application de l'art. 3 dernier alinéa de la loi de 1907 : « Le mari n'est responsable... des dettes contractées *autrement que dans l'intérêt du ménage* par la femme... » Et si, comme nous

(1) Nous supposons qu'elle n'est pas autorisée par son mari, et qu'elle n'engage donc que ses biens réservés.

l'admettons, elle ne s'oblige pas personnellement et n'est que mandataire du mari ; les fournisseurs n'en peuvent pas moins la poursuivre sur ses biens réservés par application de l'art. 3, § 2, lequel porte que les biens réservés pourront être saisis par les créanciers du mari, qui ont traité dans l'intérêt du ménage, alors que par l'effet du régime adopté, les biens étaient, avant 1907, aux mains du mari.

La question n'a donc finalement d'intérêt que sous le régime sans communauté, la séparation de biens et le régime dotal, si toutefois les produits du travail de la femme n'ont pas été stipulés dotaux.

La loi de 1907 n'a donc en rien atteint la théorie du mandat tacite ; et la femme ne sera personnellement obligée que lorsque telle aura été sa volonté, qui peut être expresse ou résulter des circonstances.

Des termes mêmes de l'alinéa 4 de l'art. 3 il ressort que le mari sera responsable et sur ses biens propres et sur ceux de la communauté des dettes contractées par sa femme dans l'intérêt du ménage. D'assujettie qu'elle était, elle est donc devenue l'égale de son mari ; il y a là un indice tout à fait caractéristique de l'évolution du droit matrimonial. C'était déjà le résultat auquel on arrivait avec la théorie du mandat tacite, mais avec de notables différences ; ce dernier pouvait être révoqué, on ne conçoit pas que le mari puisse empêcher la femme qui a des biens réservés de l'obliger. Il y a là du reste quelque chose de très illogique, la femme qui s'est obligée sans autorisation pour l'intérêt du ménage n'engage que ses biens réservés ; elle ne peut donner à ses créanciers aucun droit sur ses propres ; mais elle peut ainsi obliger autrui (son mari en l'occurrence) et sur tous ses biens, ce qu'elle ne peut faire pour elle-même. Il y a là un manque d'équilibre. La loi a évidemment voulu imiter

dans ce cas les effets de la théorie du mandat tacite et conserver aux créanciers, dans l'intérêt du ménage, l'intégralité de leur gage antérieur à 1907 ; cela ne s'est pas fait sans qu'il en coûte à la logique.

Cette capacité n'existe qu'au profit de la femme qui travaille ou a autrefois travaillé ; il faut, en effet, pour qu'elle puisse obliger son mari et la communauté, qu'elle soit capable de s'obliger elle-même sans autorisation ; le mari n'étant obligé que parce qu'elle-même l'est, et par voie de conséquence. La seule condition est donc qu'elle possède des biens réservés, si minimes fussent-ils. La logique du système a des conséquences étranges et bien peu satisfaisantes. La femme a gagné cinq cents francs par exemple, elle peut donc s'obliger sur eux librement dans l'intérêt du ménage, et voilà le mari et la communauté obligés pour des sommes considérables et sans remède possible. Les biens réservés de la femme pouvant être absolument insuffisants pour garantir la dette contractée par elle, le mari en supportera seul la charge ; en sorte que l'opération se résume, en dernière analyse, en une promesse pour autrui valable. Moins la femme a de biens réservés, moins sa capacité de s'obliger est logique ; plus le mari a à craindre le contre-coup de ses obligations.

Mais il faut bien remarquer que la femme lorsqu'elle traite dans l'intérêt du ménage, n'oblige pas son mari sous tous les régimes, cela n'a lieu que sous la communauté. Cela ressort d'abord, jusqu'à l'évidence, du rapprochement fait entre la communauté et le mari dans l'art. 3, § 4, qui montre que les deux obligations sont inséparables. La phrase dit de plus que le mari ne sera tenu sur ses biens propres que lorsque il a autorisé sa femme. Or, cet effet de l'autorisation maritale n'existe que sous ce régime ; et c'est

une des conséquences de la confusion existant entre ses biens et la masse commune. Il y a enfin parallélisme entre le cas où la femme oblige son mari, et celui-ci où ce dernier l'oblige, quand il s'agit d'une dette dans l'intérêt du ménage ; c'est (art. 3, alinéa 2) lorsque les biens réservés auraient dû, antérieurement à la loi, se trouver entre les mains du mari, donc sous la communauté seulement.

Les dettes contractées par la femme pour l'administration de ses biens réservés doivent-elles être considérées comme dans l'intérêt du ménage ? La question est controversée et elle a un grand intérêt pratique ; si on répond affirmativement le gage de ces créanciers comprendra les biens communs et ceux du mari, sinon il sera limité aux biens réservés. M. Violette affirme que la loi a prévu le cas pour rejeter expressément l'assimilation (1). Ce qui est une erreur matérielle évidente, la loi ne s'étant jamais occupée de cette sorte d'obligation. MM. Le Courtois et Surville ont également soutenu cette solution (2) que combat M. Pichon. La raison décisive en est, selon lui, qu'elles profitent évidemment au ménage en empêchant une diminution de la valeur patrimoniale des biens réservés (3). La solution contraire nous semble pourtant devoir être admise. L'administration d'un patrimoine doit se faire à l'aide des ressources mêmes qu'il fournit. De plus, il ne faut pas que l'un des époux puisse souffrir de la mauvaise gestion de son conjoint ; or, le fait de ne pouvoir suffire par ses propres moyens à la gestion de ses biens indique, le plus souvent, une administration défectueuse. En outre, ces biens ne doivent pas être exclusivement employés par la femme

(1) J. O., Chambre, 1907, Annexes, n° 1128, p. 961, col. 1.

(2) Le Courtois et Surville, *op. cit.*, p. 36.

(3) Pichon, *op. cit.*, p. 50.

dans l'intérêt du ménage, elle peut s'en servir pour tout autre chose. Il y a enfin un argument décisif, si les dettes contractées par la femme pour l'administration de ses biens réservés sont considérées comme dans l'intérêt du ménage, la même solution s'impose pour celles qui proviennent du mari et concernent l'administration des biens communs. Et l'on serait alors obligé d'admettre (art. 3, alinéa 2) que la femme est tenue de ces dettes. Ce qui est loin d'être satisfaisant et n'a certainement pas été envisagé par M. Pichon. Le mari ayant normalement une masse de biens plus considérable à administrer que sa femme, la charge de cette sorte d'obligation pèserait très inégalement et lourdement sur cette dernière.

Sur les biens réservés, les créanciers de la femme vont avoir parfois à subir le concours de ceux du mari. L'art. 3, alinéa 2, dit dans quel cas. Ce sera quand le mari aura contracté dans l'intérêt du ménage et que, « d'après le régime adopté, ils (les gains) auraient dû antérieurement à la présente loi se trouver entre les mains du mari ». Sur ce dernier point des discussions s'étaient élevées, que nous examinerons à propos des différents régimes matrimoniaux en nous bornant à exposer ici la solution : le mari ne profitait des produits du travail de sa femme que sous la communauté légale ou réduite aux acquêts. Aujourd'hui la femme ne sera donc obligée sur ses biens réservés par les dettes contractées par le mari dans l'intérêt du ménage, que sous ces deux régimes. La loi a voulu maintenir à ces créanciers le gage intégral qu'ils avaient avant la loi de 1907.

Qui fera la preuve de l'intérêt du ménage ? Ce point a été réglé par la loi dans une seule hypothèse. L'article 3, alinéa 3, dit que la preuve que la dette a été contractée par

le mari dans l'intérêt du ménage incombe au créancier. S'il s'agit d'un créancier de la femme la loi est muette. M. Pichon propose dans cette hypothèse une solution différente. Il tire argument du silence même de la loi et de ce que le patrimoine de la femme est affecté aux besoins du ménage, et qu'alors il faut présumer que toute dette de la femme a été contractée conformément à cette affectation (1). On peut répondre que rien ne permet de dire que les biens réservés ont été si strictement affectés aux dépenses du ménage, et qu'en tous cas la loi ne pose pas cette présomption et qu'elle seule a qualité pour le faire. Il ne faut pas d'ailleurs en regretter l'absence, car elle serait plutôt hasardeuse et peu en harmonie avec les faits. On ne peut également tirer argument du silence de la loi, puisqu'ainsi que le reconnaît M. Pichon lui-même, le législateur ne s'est pas un seul moment douté de la question (2). Une disposition spéciale était utile pour les créanciers du mari, étant donné l'état de choses antérieur, dans lequel ces biens faisaient partie de leur gage dans tous les cas et quel que fût le caractère de leurs créances.

La conclusion doit être qu'il faut appliquer ici le droit commun, c'est au demandeur à faire la preuve qu'il est bien dans les conditions fixées par la loi pour avoir action, c'est-à-dire qu'il est créancier dans l'intérêt du ménage.

Les obligations de la femme antérieures au mariage ne portent plein effet que lorsqu'elles ont date certaine ; elles peuvent alors être poursuivies sur tous les biens de la femme et sur la communauté et le mari. Au cas contraire, avant la loi de 1907, elles n'avaient pour gage que la nue propriété des propres de la femme. La loi de 1907 améliore

(1) Pichon, *op. cit.*, p. 44 et s.

(2) *Idem*, p. 46, note 1.

notablement leur situation, leur gage s'augmente en effet de tous les biens réservés. Ils ne peuvent rien, comme auparavant, sur la jouissance des propres et des biens tombés en communauté, parce qu'ils sont obligés de respecter les droits acquis à un tiers : le mari, auquel leurs créances ne sont pas opposables, puisqu'elles n'ont pas dates certaines. Sur les biens réservés, au contraire, le mari n'a aucun droit, rien ne s'oppose donc à leurs poursuites ; d'autant plus que la femme peut s'obliger librement sur ces biens ; en sorte qu'il est indifférent de savoir à quelle époque la dette a été contractée.

Les dettes du mari antérieures au mariage ne peuvent jamais être poursuivies sur les biens réservés, puisque peuvent seules l'être celles contractées par le mari dans l'intérêt du ménage.

Il nous faut examiner maintenant les obligations de la femme non autorisée et hors de l'intérêt du ménage ; nous avons vu plus haut que ces obligations étaient valables : la femme ayant sur les biens réservés pleine capacité, et entre autres celle de s'obliger. Le gage des créanciers avec qui elle aura ainsi traité, est facile à déterminer ; ce sera les biens réservés et eux seuls. Or, comme la faculté de s'obliger est la clef de toute indépendance et sa manifestation la plus précieuse, la condition de la femme dans le ménage va donc dépendre de la consistance de ce patrimoine. S'il est minime, sa capacité et son indépendance seront illusoire faute de crédit ; elle aura sur ces biens tous les pouvoirs de la loi de 1907, mais faute de matière à s'appliquer ce ne seront que des droits théoriques. Mais si, au contraire, ils sont importants, tout change, et l'autorité maritale dont les pouvoirs sur les biens de la femme étaient la principale prérogative (étant donnée la décadence des droits sur la personne),

va être de ce fait purement nominale. Surtout si, comme cela peut arriver, la femme n'a d'autre fortune que ce qu'elle a gagné. C'est ainsi que si, dans ce cas, elle veut faire le commerce malgré le refus exprès de son mari ; elle n'aura pas, il est vrai, la qualité de commerçante, mais les obligations qu'elle contractera dans l'intérêt de son négoce seront nulles à l'égard de ses propres, mais parfaitement valables sur les réservés. Et de ce fait ils peuvent avoir une efficacité suffisante à rassurer les tiers et à permettre à la femme de faire le commerce, sans avoir, remarquons-le, la qualité de commerçante.

Nous avons vu, en passant en revue les différentes obligations que la femme pouvait contracter, que toutes, sans exception, ont au moins effet sur les biens réservés ; mais les créanciers de la femme ne seront pas seuls à se payer sur eux. Ils pourront être également poursuivis par les créanciers du mari, lorsque celui-ci aura traité dans l'intérêt du ménage, à condition seulement que le régime adopté soit la communauté légale ou réduite aux acquêts. Car autrefois dans ce cas les gains de la femme étaient entre ses mains et la loi a voulu laisser intact le gage de cette sorte de créancier.

Les créanciers de la femme vont-ils, sur les biens réservés, avoir à subir le concours de ceux du mari auxquels sa femme aurait donné sa signature. C'est la question de la reconnaissance dans notre droit du sénatus-consulte Velleien, dont l'on est redevable au rapport de M. Violette à la Chambre. Si elle n'y avait pas été traitée, personne, sans doute, ne se serait avisé de la soulever. M. Violette dit « que la signature que la femme donnerait à un créancier de son mari devrait être considérée comme nulle, d'une nullité d'ordre public. En effet, il ne servirait à rien de dire

dans l'art. 1 que la femme ne peut pas renoncer au bénéfice de la loi, si, dans chaque cas particulier, elle avait la possibilité de consentir à la violation de la loi (1) ». Et il conclut : « En résumé, la loi crée donc au profit de la femme sur ses biens réservés une sorte d'exception assez analogue aux *exceptions* du Droit Romain », voulant désigner, sans doute, par ces termes, l'« *exceptio senatusconsulti Velleiani* », M. Guiller dans son rapport soutient la thèse adverse (1). Aussi certains auteurs ont été embarrassés par ces deux opinions contradictoires exposées dans les deux rapports qui précédèrent le vote de la loi, sans que celle-ci ait solutionné le conflit. Mais l'on ne peut trouver regrettable avec M. Crevoisier, par exemple, qu'il n'y ait pas eu de débats publics sur la question (2) ; car la thèse de M. Violette est assez mal fondée pour qu'on la rejette sans plus. Il est bien évident que ce que l'art. 1 prohibe « ... et à peine de nullité de toute clause contraire portée au *contrat de mariage*... » ce sont les renonciations définitives contenues dans le contrat de mariage. Le texte le dit clairement, non moins que son historique, puisque cette partie de l'art. 1 a été insérée après la longue discussion qui eut lieu au Sénat sur l'amendement de M. Maurice Faure, alors qu'il s'agissait de savoir si la loi serait ou non d'ordre public ; en un mot si cette capacité était laissée à la liberté des conventions matrimoniales. Il faut du reste remarquer qu'il est impossible de voir en quoi ce cautionnement est une renonciation aux droits que la loi donne à la femme mariée, c'est au contraire l'emploi, l'exercice de l'un de ces droits : celui de s'obliger librement. En l'absence d'un texte formel, qui serait nécessaire, on ne

(1) J. O., Chambre, 1907, Annexes, n° 1128, p. 961, col. 1.

(1) J. O., Sénat 1907, Annexes, n° 77, p. 64.

(2) Crevoisier, *Du libre salaire de la femme mariée*, p. 43.

peut faire application ici d'une institution qui aujourd'hui est totalement étrangère à notre droit, et dont l'opportunité dans le cas présent est loin d'être justifiée. Le pouvoir de la femme de donner sa signature, bien loin d'être pour elle une renonciation ou un abandon de ses droits, est au contraire une arme de conquête ; elle ne la donnera qu'à bon escient et après avoir elle-même examiné et discuté l'affaire. Ce qui lui donne une sorte de droit d'intervention dans les affaires du mari, lequel devra compter désormais avec elle.

La solution contraire aboutirait d'ailleurs à d'étranges résultats ; la femme serait capable de cautionner son mari sur ses biens propres vis-à-vis desquels sa condition est l'incapacité ; et incapable au contraire là où sa capacité est presque entière. L'intervention de la femme bien souvent ne sera pas qu'utile, elle sera nécessaire pour tirer, par exemple, l'entreprise du mari d'un mauvais pas. La fortune même des époux peut être en danger, et il n'est pas trop de tous leurs efforts pour la sauver. Il semble enfin que la prohibition ne serait pas gênante, et peu difficile à tourner. Au lieu de s'engager comme caution de la dette de son mari, rien ne peut l'empêcher de le faire en tant qu'obligée principale ; ce qui serait, aussi, plus dangereux pour elle.

Après la dissolution du mariage ou la séparation de corps, quel va être au juste le gage des créanciers qui ont traité avec la femme non autorisée et hors de l'intérêt du ménage ? Cette question ne semble pas avoir été aperçue des commentateurs de la loi. M. Portemer pourtant reconnaît à ces créanciers, lors de la dissolution du mariage, pouvoir sur la totalité des biens de la femme réservés ou non, par application de l'art. 2092 Code civil (1). Cette solution semble peu juri-

(1) Portemer, « Gains et salaires de la femme mariée, » *Thèse*, p. 106 et s.

dique. Par l'effet de la loi de 1907, la femme, en effet, incarne en elle-même, au même instant, deux personnalités absolument différentes. Exceptionnellement, en tant qu'elle possède des biens réservés, et sur ces biens seuls, elle est pleinement capable ; mais pour tous ses autres biens le droit commun s'applique : elle reste incapable, la loi a respecté le régime antérieur et l'autorité traditionnelle du mari. Sur ce point, le législateur a longuement insisté tant lors des discussions que dans les rapports ; sauf l'exception faite, rien de changé. Par conséquent, sur les biens non réservés elle est toujours incapable, elle ne peut sous quelque régime que ce soit les engager sans l'autorisation de son mari. Sinon l'engagement de la femme serait annulable tant sur sa demande que sur celle de son mari. La nullité, qui vicie le contrat survit à l'extinction du mariage. Une fois vicié, il le demeure pour toujours, sauf confirmation et prescription. Et la prescription de cette action en nullité qui est de dix ans (art. 1304), ne commence à courir contre la femme que du jour de la dissolution du mariage.

Dans le cas d'une femme qui a des biens réservés et qui s'oblige sans autorisation du mari, il faut appliquer distributivement les deux solutions. Les engagements contractés par la femme sont valables et peuvent être poursuivis sur les biens réservés seulement. A l'égard des autres : biens propres, biens de la communauté, ils sont, durant le mariage, sans aucun effet, c'est incontesté. Conformément aux règles du droit matrimonial, il faut reconnaître, après la dissolution du mariage ou la séparation de corps, la persistance de cet état de choses. La dette a été contractée à un moment où la femme ne pouvait engager ses propres, la dette est née avec ce caractère d'être sans effet sur ces biens, elle le conserve par la suite et il doit être indifférent que la

femme retrouve à un moment donné la capacité d'obliger tous ses biens. C'est la solution admise par notre droit et qui s'impose donc ici : la femme peut, après le mariage, demander la nullité des dettes contractées pendant, sans autorisation.

Si on accordait à cette catégorie de créanciers le droit de se payer à la dissolution sur tout le patrimoine de la femme, c'en serait fait de la puissance maritale, que les auteurs de la loi ont cependant entendu respecter. La femme serait alors, pendant le mariage, capable de s'obliger sur tous ses biens ; seulement sur certains d'entre eux la dette ne pourrait s'exécuter qu'à la dissolution. Autre conséquence, il suffirait à la femme de travailler quelque peu, juste assez pour se constituer un capital réservé même infime, et dès lors elle serait capable d'obliger tous ses biens pour l'époque de la dissolution. Il y aurait là quelque chose d'analogue à une situation qui se rencontre en matière d'hypothèque. Le débiteur qui veut constituer une hypothèque sur ses biens à venir n'a qu'à acquérir quelques mètres de terrains pour une somme insignifiante. Dès lors il est dans le cas prévu par l'art. 2130 et peut hypothéquer ses biens à venir ; les biens présents n'étant pas, naturellement, suffisants pour garantir le paiement de la dette (1).

Les résultats pratiques suffisent d'ailleurs à condamner cette thèse : l'on n'a qu'à supposer, par exemple, que la commerçante vienne à cesser ses paiements et meure peu après. Suivant que la faillite sera prononcée quelques jours avant ou après sa mort, le gage des créanciers qui ont traité avec la femme sans autorisation va changer considérablement. Par l'effet de circonstances purement fortuites,

(1) Planiol, t. II, p. 877.

il va passer de quelques biens dont il était d'abord composé au patrimoine tout entier ; c'est le règne du hasard.

La solution proposée par M. Portemer résulte de l'application trop stricte de l'art. 2092, alors que nous sommes dans une des nombreuses exceptions apportées au principe de l'universalité du gage par le droit matrimonial. Il y a, du reste, déjà dans notre droit matrimonial, une situation identique dont il faut s'inspirer et qui dicte la solution. C'est celle des créanciers de la femme dotale. Pendant et après le mariage ils ne peuvent se payer que sur les paraphernaux (1). De même que l'inaliénabilité dotale faite pour protéger la femme pendant le mariage ne peut être efficace que si elle la protège pour toujours, même après la dissolution, contre les actes passés au cours du mariage ; de même l'autorité maritale n'existe réellement et n'est utilement sanctionnée que si les actes qui y portent atteinte sont dénués de tout effet, et pour toujours.

Puisque nous admettons que les droits des créanciers qui traitent avec la femme non autorisée sont après le mariage ce qu'ils étaient avant, c'est-à-dire qu'ils ne portent que sur les biens réservés, la question de la subrogation se pose. Durant l'union conjugale, la distinction entre les propres et les biens réservés restera le plus souvent très nette, car la femme y a le plus grand intérêt, ses pouvoirs sur ses biens réservés en dépendent. Après la dissolution, au contraire, elle est pleinement capable sur tous ses biens et la distinc-

(1) Les créanciers de la femme n'ont pas de droits après la dissolution sur les biens dotaux. Tribunal de Gap, 8 avril 1897 (*Gas. Trib.*, 24 juillet 1897). Lyon, 28 juin 1902 sous requête 21 mars 1904 (*D. P.*, 1906, 1, 317). Tribunal civil, Lyon, 16 juin 1906 (*Pandectes*, 1907, 2, 61). Une décision a même admis qu'ils ne pouvaient saisir ni le capital ni même les revenus des biens dotaux. Tribunal civil, Seine, 5 avril 1900 (*Droit*, 10 juin 1900).

tion et l'identité des différents éléments de sa fortune va disparaître peu à peu. Il peut y avoir confusion ou bien les réservés seront remployés et prendront une forme nouvelle. La subrogation va-t-elle s'opérer en ce cas ? Si l'on admet avec M. Demogue que la qualité imposée à un bien vise moins ce bien en lui-même et pour lui-même, que sa valeur pécuniaire et la conservation de cette valeur dans un but déterminé ; il faut reconnaître que la subrogation réelle s'effectuera chaque fois qu'il y a affectation d'une valeur à une destination spéciale (1). Or, c'est ici le cas, les biens réservés sont affectés à certaines dettes à l'exclusion du reste du patrimoine, et il y a intérêt (au point de vue de l'autorité maritale par exemple) à ce qu'ils en répondent seuls. La femme pourra donc limiter la poursuite de ces créanciers spéciaux sur les biens réservés, ou sur ceux qui en dérivent. Cela suppose évidemment qu'elle puisse arriver à faire la preuve de la subrogation. Comme il n'est pas douteux qu'il faut prolonger les effets de l'art. 4 de la loi du 13 juillet 1907 même après la dissolution du mariage, cet article ne distinguant pas, la femme pourra donc faire la preuve de la consistance de son patrimoine réservé « par toutes preuves de droit, même par témoins, mais non par commune renommée ». Si la preuve du remploi était impossible, qu'advviendrait-il ? Comme toutes les fois où un créancier a action sur une portion déterminée d'un patrimoine, et que la confusion empêche de la distinguer, il aura action contre le tout. C'est la solution du Code, lorsqu'une femme commune en biens a accepté, avec l'autorisation de justice, une succession qui est tombée en communauté, si le mobilier a été confondu avec celui de la communauté sans

(1) *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1904, p. 230.

un inventaire préalable (art. 1416, § 2). C'est ce qui a également lieu au profit des créanciers de l'héritier, lorsque ceux du *de cujus* ont demandé la séparation des patrimoines et que la confusion survient entre les deux masses.

Comment la limitation des pouvoirs de la femme sur les biens réservés sera-t-elle sanctionnée ? Cette question très délicate et très importante n'a pas été examinée par les commentateurs de la loi. Les époux seront-ils obligés et pourront-ils (ainsi que nous l'avions supposé jusqu'ici dans un but de clarté) demander par avance la nullité de l'obligation non autorisée du mari, en ce qui concerne les autres biens (communauté, propres des deux époux) ainsi que cela se faisait avant 1907 pour cette catégorie d'obligations ? Ou bien leur faudra-t-il attendre que le créancier fasse des poursuites qui excèdent ses droits, pour lui opposer alors ce défaut de droits à se payer sur ces biens ?

Cette dernière solution semble plus juridique. Le tout est de savoir, en effet, si le créancier qui traite avec la femme non autorisée acquiert de ce fait : 1° un droit inattaquable sur les biens réservés ; 2° sur le reste, un droit précaire, sujet à annulation pour défaut d'autorisation ; ou bien seulement le premier de ces droits. Or, il est extrêmement illogique d'admettre que la femme a fait à la fois ce dont elle était capable et incapable ; et il faut au contraire présumer qu'elle n'a fait que ce qui rentrait dans les limites de sa capacité.

Avant 1907 la femme mariée étant totalement incapable, chaque fois qu'elle s'obligeait sans l'autorisation maritale, il y avait là forcément une infraction à sa capacité ; l'acte était donc annulable. Aujourd'hui, la situation de son créancier doit être comparée parce, qu'identique, à celle du créancier d'une femme dotale. Les engagements de cette dernière ne sont valables que sur ses paraphernaux ; envers

les dotaux ils sont absolument inefficaces et ne sont pas annulables. Et ce que l'on objecterait seulement à celui qui poursuivrait de tels biens, c'est qu'il est sans droit pour le faire ; mais jamais les époux ne s'aviseraient de demander, par prévision, la nullité des obligations à l'égard des biens dotaux, afin de pouvoir l'opposer en cas de besoin. De même pour le créancier d'une femme qui n'a été autorisée que de justice, l'obligation n'est pas nulle à l'égard de l'usufruit des propres ; elle n'existe pas. C'est ce qui a également lieu pour les biens réservés, ils sont seuls engagés, l'obligation n'existe pas en ce qui concerne les propres et il est donc matériellement impossible d'en demander la nullité. Les époux devront donc se contenter de limiter strictement le créancier non autorisé à l'exercice de son droit.

Si cela devait être admis, on voit quel bouleversement, inconscient du reste, aurait été fait de nos régimes matrimoniaux ; ce serait, en effet, lorsque la femme est en possession d'un capital réservé, si minime fût-il, la suppression totale de l'action en nullité pour incapacité. Sauf bien évidemment dans le cas où l'objet même du contrat ne serait pas un bien réservé : une hypothèque constituée sur un propre, par exemple ; il y aurait alors une infraction non douteuse à l'incapacité de la femme mariée et qui serait sanctionnée selon les moyens habituels.

Autre conséquence, l'obligation de la femme non autorisée étant à l'égard des biens non réservés inexistante et non pas annulable ; il n'y a pas lieu de lui appliquer, en ce qui les concerne, ni l'art. 1304, ni l'art. 2262. L'inefficacité de cette obligation à l'égard de ces biens, pourra donc être opposée même après l'expiration des délais, des prescriptions décennales et trentenaires. Si la femme, après

la dissolution du mariage, ne limitait pas la poursuite de ses créanciers non autorisés à leur gage strict, c'est-à-dire aux biens réservés ; il n'y aurait pas là, à proprement parler, une confirmation, laquelle exige essentiellement une obligation annulable ; ce serait une novation.

Toutes ces questions, et surtout celle de la suppression totale de l'action en nullité pour incapacité dont les autres découlent, ne se posent d'une façon aussi absolue que si l'on admet que les formalités prévues par l'art. 1, § 4, ne sont pas essentielles ; que leur exécution n'est pas nécessaire pour la validité des actes passés par la femme sans autorisation. Si la thèse contraire était admise, les deux sortes d'obligation existeraient aujourd'hui côte à côte. Elles seraient exclusives l'une de l'autre, la femme non autorisée du mari devant nécessairement, en contractant, choisir l'une d'elles.

Si elle n'avait pas rempli les formalités prévues : preuve de la profession distincte de celle du mari et mention de cette preuve dans la convention ; le régime antérieur subsisterait, l'annulation serait possible ; elle n'obligerait ainsi même pas valablement les biens réservés. Par contre, si les formalités prévues par l'art. 1, § 4, avaient été remplies, le système exposé plus haut s'appliquerait : l'obligation de la femme n'affecterait que ses biens réservés, elle serait inexistante à l'égard des autres.

Ce système ne paraît pas pouvoir être admis, les formalités de l'art. 1, § 4, n'étant pas irritantes, ainsi que nous le verrons plus loin. On peut pourtant estimer que les conséquences auxquelles il aboutit logiquement, sont plus satisfaisantes que celles du premier système exposé. Les dispositions de la loi de 1907 ne seraient applicables à la femme, que lorsque celle-ci aurait déclaré expressément vouloir

user de la capacité que cette loi lui donne. Cette capacité étant exceptionnelle, il semble peu logique de présumer que chaque fois que la femme qui possède des biens réservés, même minimes, a traité sans l'autorisation du mari, elle voulait user des droits que lui donne la loi de 1907. Bien souvent ce sera inexact.

Sur les biens réservés, tous les créanciers de la femme sans exception, quelle que soit la nature de leurs créances, vont venir en concours. Par l'effet de ce concours les créanciers qui ont droit uniquement à ces biens vont être souvent réduits à un dividende. Et cela même quelquefois, alors que les autres biens étaient largement suffisants pour désintéresser tous les autres créanciers. Mais leur gage restreint a été discuté en premier lieu, et ils en souffrent. Il semble bien qu'il n'y ait pour eux aucun moyen de se soustraire à ce concours, ils ne peuvent pas renvoyer ces créanciers à se pourvoir d'abord sur les autres biens ; ni, une fois qu'ils sont payés, venir à leur place sur les propres. Notre hypothèse est analogue à celle, bien connue, du conflit entre hypothèques générales et spéciales (1). Le titulaire d'une hypothèque générale (comme dans notre cas, le créancier qui a tout le patrimoine pour gage), tient à sa merci le bénéficiaire de l'hypothèque spéciale que rien ne peut l'empêcher de primer, si bon lui semble. Il faut remarquer que dans les deux cas un remède identique se présente. Si tout le patrimoine du débiteur est discuté à la fois (ce qui répond au cas d'un ordre unique ouvert sur plusieurs immeubles) le concours du créancier à gage général sera moins lourd ; au lieu de se faire pour la totalité du montant de sa créance sur les biens réservés, il ne se fera que pour une partie seulement. Or, justement, la

(1) Voir Planiol, t. II, p. 972, n° 3102 et s.

discussion totale du patrimoine sera, puisqu'il s'agit d'une commerçante, fréquente dans notre matière : ce sera la faillite.

Un second remède, et beaucoup plus efficace, qui est à la disposition du créancier à hypothèque spéciale, semble malheureusement, sans application dans notre matière. Le créancier qui a droit uniquement sur les biens réservés ne peut, en se prévalant de l'art. 1251, al. 1, être subrogé aux droits d'un créancier dont le concours sur son gage limité lui est très nuisible. Pour que le créancier qui en paie un autre soit en effet subrogé aux droits de celui-ci, le texte de l'art. 1251 est formel : il faut que ce dernier lui soit préférable « à raison de ses privilèges ou hypothèques ». Le Code n'a donc pas prévu l'hypothèse de deux créanciers chirographaires en conflit. La subrogation n'aurait d'ailleurs d'intérêt qu'en présence d'un nombre minime de créanciers à gage général, ce qui ne sera pas le cas le plus fréquent. Le créancier sur les biens réservés, s'il ne peut bénéficier de la subrogation légale, peut, il est vrai, se faire consentir par le créancier qu'il désintéresse une subrogation conventionnelle.

Chaque fois que le patrimoine de la femme et la masse réservée ne seront pas surchargés de dettes, toute distinction entre les différentes masses sera inutile, et, en fait, l'on ne s'en occupera pas. Il n'en sera autrement que lorsque les biens réservés ne seront pas suffisants pour l'acquit du passif dont ils sont grevés.

En cas de faillite, la confection des différentes masses donnera lieu à plus d'une difficulté. Il faudra tenir compte de la provenance des différents éléments du patrimoine, et sérier les diverses catégories de créanciers. Les uns auront droit à un dividende calculé sur le tout ; ce sont, par

exemple, les créanciers de la femme autorisée et parmi eux, en première ligne, ceux à raison de son commerce. D'autres, au contraire, ne viendront que sur les biens réservés sur lesquels ils subiront le concours de tous les autres, et même parfois celui de créanciers du mari (art. 3, alinéa 2).

En résumé, on voit à quel point le droit des créanciers de la femme non autorisée est aléatoire, et à quelle contribution infime ils seront bien souvent réduits. Le concours d'autres créanciers n'est pas pour eux le seul danger : ils ont à redouter des fraudes de la part de la femme. Rien ne peut empêcher celle-ci d'employer les biens réservés au paiement de ses autres dettes ; et, d'autre part, bien souvent elle les divertira, les détournera en quelque sorte pour se soustraire à l'effet de ses obligations librement consenties. Elle a, en effet, un grand intérêt à liquider le passif comprenant les dettes autorisées du mari à l'aide de ses biens réservés ; ce faisant, elle se libère envers des créanciers que, vu la généralité de leur gage, elle eût été de toutes façons forcée de payer. Mais il faut remarquer qu'elle se libère par là même de ses dettes réservées tout en ne les acquittant pas ; puisque, quand tout le gage qui leur était affecté sera épuisé, elle n'aura pas à craindre de poursuites de leur chef sur ses autres biens, qui ne sont pas affectés à leur paiement. Et le paiement d'une dette n'est pas considéré comme un des actes pouvant motiver l'action Paulienne (1). L'hypothèse peut être toute autre, quoique aboutissant au même résultat : l'évanouissement du gage réservé. On n'a qu'à sup-

(1) Mais il faut faire intervenir ici une disposition qui aura lieu parfois d'être appliquée, puisqu'il s'agit d'une commerçante. L'art. 447 C. Comm. permet au juge d'annuler le paiement d'une dette échue, s'il a eu lieu après la cessation des paiements, et si le tiers le savait. Si la dette payée n'était pas échue ; la nullité ne serait plus facultative pour le juge (art. 446. (Comm.).

poser que la femme s'applique à faire perdre à ses gains toute individualité en les mélangeant au reste de son patrimoine ; en les laissant sous l'administration de son mari, etc. Il ne lui sera que trop facile d'opérer cette confusion. Les créanciers seront dans l'impossibilité de savoir quoi saisir. A chacune de leurs poursuites, les époux exciperont, pour les repousser, de la qualité de bien propre de la valeur saisie. Il leur sera bien difficile de prouver le contraire, et la dissimulation des valeurs réservées réussira le plus souvent aux époux, qui la tenteront fréquemment, au moins pour une partie des biens réservés. Il n'est pas douteux pourtant que si la fraude était par trop certaine ; si une commerçante ayant un négoce très prospère ne peut représenter que des biens réservés minimes ; il y aurait alors confusion évidente des deux masses et poursuite possible sur le tout.

Pour terminer ce chapitre, un parallèle entre la capacité de la femme mariée allemande et française est intéressant à faire. Pour la française, l'incapacité est la règle ; la capacité n'est que l'exception et elle ne porte que sur certains biens limitativement déterminés par la loi. En Allemagne, la structure juridique de la condition de la femme mariée est diamétralement opposée. La femme, du fait de son mariage, n'est nullement incapable ; seulement elle a pu à cette occasion concéder à son mari, sur ses biens, des pouvoirs qui l'empêchent d'en disposer, et cela résultera le plus souvent du contrat de mariage ou du régime légal. Mais ces droits du mari ne sont plus imposés à la femme par la loi, c'est elle qui les consent. En sorte que le régime légal ne peut être considéré que comme la volonté présumée des parties. Et l'existence de biens réservés conventionnels, que la seule volonté des époux peut créer, même au cours de leur union, fournit des cas où le mari n'a aucun droit sur les biens de sa

femme, et où la capacité de cette dernière est donc entière. Cette situation si dissemblable : l'incapacité comme règle, sauf sur certains biens en France, et la pleine capacité en Allemagne, sauf exceptions, aboutissent du reste à des résultats pratiques presque semblables. Car il y aura fréquemment parallélisme entre les biens sur lesquels la femme française est incapable et ceux sur lesquels des droits seront conférés au mari allemand.

CHAPITRE VIII

DE LA CONTRIBUTION DES ÉPOUX AUX CHARGES DU MÉNAGE.
LA SAISIE-ARRÊT DE L'ART. 7 EST-ELLE APPLICABLE A LA
COMMERÇANTE ?

La loi de 1907 se compose de deux parties bien distinctes et indépendantes, dont la seconde s'applique même lorsque la femme mariée n'exerce aucune profession. C'est pour marquer ces deux domaines bien différents, que les mots «... et de la contribution des époux aux charges du ménage » ont été ajoutés au titre de la loi, lors de la discussion au Sénat. Tout ce qui a trait à la contribution des époux aux charges du ménage est hors notre sujet et nous ne le traiterons pas. Nous n'examinerons parmi les questions qu'elle soulève, que celles qui intéressent notre matière.

L'obligation de subvenir aux charges du ménage est sanctionnée par une saisie-arrêt. L'art. 7 permet à l'un, des époux, quand l'autre ne s'exécute pas spontanément « d'obtenir du juge de paix l'autorisation de saisir-arrêter et de toucher des salaires ou du produit du travail de son conjoint, une part en proportion de ses besoins ». Or, la plupart des auteurs reconnaissent, en cas de concours de saisies-arrêts sur les produits du travail, un droit de préférence pour celle faite par l'un des époux en vertu de l'art. 7

de la loi du 13 juillet 1907 : ce privilège résulterait et du caractère alimentaire de la créance, et des termes absolus employés au texte (1). Il est donc nécessaire d'examiner si la saisie-arrêt de l'art. 7 s'applique à la commerçante, puisque, si cela était admis, ses créanciers commerciaux vont avoir à subir un privilège au profit du mari créancier d'aliments. Les auteurs n'examinent même pas cette question, ce qui implique que pour eux la saisie-arrêt s'applique à toutes les femmes qui travaillent, sans exception. Les termes de la loi seraient, en outre, assez favorables à cette opinion, car ils ont l'air très généraux et parlent de « salaires et produit du travail ». Mais il faut admettre que cette saisie-arrêt est sans application pour la commerçante, et cela parce qu'elle est pour elle absolument impraticable. L'on ne voit pas en effet ce qui pourrait bien être saisi-arrêté par le mari. Les créances à raison de son commerce ? mais l'on ne peut évidemment dire que c'est là le produit du travail de la femme, c'est le prix de marchandises ou de fournitures faites. Le gain de la femme commerçante ne se perçoit pas comme celui d'une ouvrière, il résulte d'un nombre considérable d'opérations différentes, et la femme n'en a connaissance que par les calculs qu'elle fait sur le papier. Il n'apparaît que dans la comptabilité, et ne se trouve nulle part en une masse déterminée et saisissable. Comme l'a dit M. Thaller, « il est impossible de matérialiser le profit réalisé dans des biens qui se sépareraient du fonds d'exploitation lui-même, il est incorporé dans l'ensemble du capital industriel, dans les marchandises, dans la caisse, dans le compte des banquiers » (2).

(1) Voir en ce sens : Léon Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 205. Le Courtois et Surville, p. 19 en note. Wahl, note sous arrêt de Paris, 7 décembre 1907. (Pandectes, 1909, 2, 129).

(2) *Bulletin Soc. Etud. Légis.*, T. 1, p. 121.

Enfin, malgré de grosses créances à recouvrer, le produit net peut être nul, et l'on peut se trouver en face d'un déficit. Quant à l'argent qui est entre les mains de la femme, remarquons que la loi n'organise pas une procédure de saisie, mais de saisie-arrêt, ce qui suppose un tiers ; en ce qui le concerne il y a une procédure spéciale : le retrait des pouvoirs. Mais il faut pour l'obtenir que la femme ait abusé de ces derniers, et cela n'aura pas lieu toutes les fois qu'elle ne subviendra pas spontanément aux besoins du ménage.

Non seulement les créances de la femme à raison de son commerce ne rentrent pas dans les termes de la loi puisqu'elles ne constituent pas des produits du travail ; mais il serait de plus très périlleux pour le sort du commerce si les conjoints pouvaient ainsi les saisir-arrêter. La commerçante a pu compter sur des rentrées pour faire face à différentes échéances ; et elle pourrait de ce fait se trouver en état de cessation de paiements. L'article 7 régit indistinctement les deux conjoints ; la solution proposée s'applique donc aussi au mari : s'il est commerçant, il n'a également pas à craindre la saisie-arrêt de l'art. 7.

Il n'est donc pas douteux que la loi n'a eu en vue dans l'art. 7 que les personnes qui touchaient une rémunération fixe et non ceux qui sont dans une entreprise. La saisie-arrêt qu'elle organise doit être rapprochée de celle de la loi du 12 janvier 1895 qui porte sur les « salaires et petits traitements des ouvriers et employés ». Même tribunal compétent, procédure analogue : il faut lui reconnaître également même portée d'application.

Autre question : dans quelle mesure la femme doit-elle, sur ses biens réservés, contribuer aux charges du ménage ? Pour le tout ou pour une certaine proportion seule-

ment? La première solution a été soutenue par M. Pichon (1) qui dit « que cette collaboration absorbe la totalité de ses biens réservés ». Il voit d'ailleurs dans la loi, sur ce point, une grande incohérence. D'après lui, en effet, il y aurait sur la matière deux textes inconciliables. L'art. 2 qui dit que les pouvoirs de la femme lui sont accordés, dans l'intérêt du ménage ; et l'art. 7 qui implique qu'elle n'est obligée de contribuer que dans la mesure de ses facultés. Ces deux dispositions seraient l'expression de deux conceptions très différentes entre lesquelles la loi n'a pas su choisir. Et il ajoute que des deux, c'est la plus restrictive qui l'emportera en pratique, et « l'on ne pourra donc pas n'obliger la femme qu'à contribuer dans la mesure de ses facultés, puisqu'un texte de la loi affecte à ces mêmes charges tous ses biens réservés (2) ».

Il ne semble pas douteux, au contraire, que la seconde solution soit la bonne. Il nous suffira de montrer que dans la loi un seul texte, et non pas deux, règle la matière. L'art. 2 sur lequel M. Pichon fonde sa solution parle en effet de tout autre chose ; il suffit de le lire pour s'en rendre compte : « En cas d'abus par la femme des pouvoirs qui lui sont conférés dans l'intérêt du ménage... ». Il n'affecte pas ces revenus à certaines charges, il vise le remède à apporter en cas d'abus par la femme de ses pouvoirs. Or, l'abus d'un droit en suppose l'usage possible. Les mots dans « l'intérêt du ménage » sont un rappel des raisons qui ont fait accorder par le législateur à la femme une capacité nouvelle et générale. Il a pensé que la femme s'en servirait très probablement pour le plus grand bien du ménage, lequel en

(1) Pichon, *op. cit.*, p. 54 et s.

(2) *Idem*, Page 56.

profiterait en définitive. Mais l'idée qui les lui a fait accorder en justifie le retrait, si elle s'en sert de telle façon qu'ils soient nuisibles au ménage. Or, ce n'est évidemment pas le cas quand la femme, après avoir dépensé une partie de ses revenus, autant qu'il sera nécessaire, pour les besoins domestiques, usera normalement du surplus, dans son intérêt personnel ou pour tout autre motif. La loi suppose qu'il peut se former des capitaux réservés, ce qui implique bien que la femme pourra mettre de côté une partie de ses gains. Le mot contribution est du reste assez clair à lui seul, et répugne à l'idée d'une affectation totale. On ne comprendrait du reste pas, et c'est décisif, que la saisie-arrêt de l'art. 7 ne permette à l'époux que de saisir une part en proportion de ses besoins. Pour le surplus, l'obligation de la femme ne serait-elle donc pas sanctionnée ?

La solution critiquée serait de plus une régression sur l'état de choses antérieur. Avant 1907, en effet, la femme séparée de biens ne contribuait à ces charges que dans une certaine mesure, différente selon que la séparation était judiciaire ou contractuelle. Pour ce qui est du régime de sans communauté, et du régime dotal quand il comprenait les biens présents et à venir, on connaît la solution qui l'emportait très généralement : sous ces régimes le mari a droit à tous les revenus de la femme. Mais on considérait que le fruit du travail n'était pas, à proprement parler un revenu, en sorte que le mari ne devait avoir de droit que sur les revenus de ces produits, et non sur les produit eux-mêmes. On voit donc que même sous les régimes où tous les revenus de la femme, sans exception, tombaient entre les mains du mari pour subvenir aux charges du ménage, les produits de son travail seuls n'y contribuaient que pour

partie. Il est bien difficile d'admettre qu'une loi aussi essentiellement favorable à la femme que celle du 13 juillet 1907, ait changé cet état de choses pour y substituer un autre, nettement défavorable, démoralisant, et peu justifié.

En résumé, le seul texte qui s'occupe de notre question étant l'art. 7, il n'y a qu'à l'appliquer; il dit : « Faute par l'un des époux de subvenir dans la mesure de ses facultés... » Ce qui implique clairement qu'il n'y a d'obligation que dans cette mesure. La femme ne devra donc contribuer que proportionnellement à ses facultés comparées à celles du mari. La solution est la même que pour la femme séparée de biens judiciairement, tandis que dans celle de la séparation conventionnelle qui est beaucoup moins satisfaisante, sa part contributoire est fixe : un tiers de ses revenus. Il peut arriver, évidemment, que s'il ne reste rien à son mari, c'est elle qui supporte toutes les charges.

Si la femme a dépensé sur ses biens réservés, pour les besoins du ménage, une somme supérieure à celle à laquelle elle était tenue d'après la loi, aura-t-elle droit à récompense de la part de son mari? Cette hypothèse se présentera fréquemment lorsqu'une séparation de fait existera entre les époux et que les enfants seront restés à la charge de la femme. L'affirmative s'impose et cela a déjà été jugé (1), la femme aura droit à récompense pour les sommes dépensées qui dépassent son obligation légale. La solution contraire, qu'admet M. Pichon, n'est guère morale; l'époux qui a fait son devoir serait puni, et l'autre récompensé de l'abandon de sa famille. Il a bien été soutenu par M. Wahl, en note sous l'arrêt du 7 décembre 1907 précité, que la loi de 1907 n'avait eu en vue que l'entretien du ménage *stricto*

(1) Cour de Paris, 7 décembre 1907 (Pandectes, 1909, 2, 129 avec note de M. Wahl) (D. P., 1908, 2, 209).

sensu, c'est-à-dire des époux et d'eux seuls. Il tire argument de ce que la loi dit que l'époux lésé pourra demander une part en proportion de « ses » besoins, ce qui a l'air de ne s'appliquer qu'à lui seul. Mais il semble préférable d'admettre, avec l'arrêt, que l'entretien des enfants communs est une des charges que prévoit la loi dans son art. 7. Parents et enfants forment en effet un tout indivisible, et les besoins d'une mère qui vit avec ses enfants ne peuvent être distingués des leurs. Comprendrait-on que le mari ne paye dans le logement qu'ils occupent, par exemple, que la portion du loyer représentant la part de la mère ? Les travaux préparatoires indiquent d'ailleurs un constant souci, de la part du législateur, non pas seulement des intérêts du ménage mais bien plutôt de ceux de la famille.

L'art. 3, alinéa 2, dit que les biens réservés pourront aussi être saisis par les créanciers du mari qui ont contracté dans l'intérêt du ménage ; et la seule condition, c'est que ces biens aient été, avant 1907, entre les mains du mari. Les créanciers n'ont donc pas à se préoccuper de la question de la contribution, ils peuvent poursuivre la femme même au delà de la part qu'elle devrait supporter dans les charges du ménage, sauf à elle à se retourner contre son mari. De même ces créanciers n'ont pas besoin d'attaquer d'abord le mari, car la loi ne le dit pas ; et on ne peut donc leur imposer. Il y a là quelque chose de choquant, le mari devrait être tenu en première ligne, la femme devrait avoir le bénéfice de discussion. Des lois étrangères présentent à ce sujet des dispositions heureuses : c'est ainsi que l'art. 2 de la loi genevoise du 7 novembre 1894 n'affecte les propres de la femme que subsidiairement, et à défaut de biens appartenant au mari ou à la communauté. Disposi-

tion analogue dans la proposition Grosjean (art. 3) (1).

Remarquons pour finir, que la contribution de la femme aux charges du ménage ne se fait pas comme par exemple sous la séparation de biens, où elle verse au mari sa quote part, de telle façon qu'il y a unité de direction. C'est elle-même qui emploie ses biens réservés pour les besoins domestiques, comme elle l'entendra. Il résultera de ce fait de grandes complications : deux personnes exerceront les mêmes attributions, là où il devrait y avoir au contraire unité et coordination. La suppression du versement entre les mains du mari résulte clairement des termes mêmes de la loi « faute de subvenir spontanément... » Son but a été, de plus, de donner à la femme un droit d'initiative dans le ménage, secondé par la disposition des revenus de son travail. Ce qui montre bien que c'est elle-même qui engage les dépenses, c'est que dans certains cas elle suppléera même son mari ; l'art. 7 lui donne le droit de saisir-arrêter, elle a donc, bien entendu, celui de disposer des sommes saisies arrêtées. On a pourtant soutenu que les articles du Coderégulant la contribution étaient intacts, et qu'elle devrait, par conséquent, toujours la verser aux mains du mari (2). Ce serait retirer d'une main ce qu'on lui a donné de l'autre, et telle n'a pas été certainement la pensée de la loi, puisque son idée directrice est le droit pour la femme de dépenser dans tous les cas, elle-même, ce qu'elle a gagné.

On voit que les époux qui ont tous deux un droit propre dans la direction du ménage n'arriveront pas à régler facilement leur action commune et parallèle, là où l'unité s'im-

(1) *J. O.*, Chambre, 1905, Annexes, n° 2280, p. 441.

(2) Fayolle, « La situation de la femme relativement à ses gains et salaires », *Thèse*, 1909, p. 102.

pose. Le plus simple semble que l'un d'eux abandonne à l'autre la direction des affaires domestiques en lui remettant sa contribution. L'unité serait ainsi obtenue. Ce sera la femme qui jouera le plus souvent ce rôle, étant donnée son aptitude toute particulière en la matière.

CHAPITRE IX

FONCTIONNEMENT DE LA CAPACITÉ DE LA FEMME COMMERÇANTE

SECTION I

Preuve de la capacité.

De la réunion en une seule personne, au même instant, de deux capacités aussi différentes que celles dont la femme va être titulaire, si elle possède des biens réservés, est née une grave question. Comment les tiers avec qui elle veut passer un des actes que lui permet la loi de 1907 vont-ils savoir si elle est réellement capable ; et quelle sera la sanction à leur égard au cas contraire ? Il faut d'abord rechercher quelle aurait été la solution en l'absence de disposition légale spéciale. De droit commun, c'est au tiers à s'enquérir de la capacité de la femme, à s'assurer si elle est ou non mariée ; et, si oui, à se faire communiquer son contrat de mariage pour être fixé sur sa capacité exacte. Elle n'a, en aucune manière, à faire la preuve qu'elle est apte légalement à faire tel ou tel acte. C'est le tiers qui court les risques ; si elle a vendu un immeuble dotal ou contracté sans l'autorisation de son mari, elle n'aura qu'à demander

la nullité de ces actes. En aurait-il été autrement pour la situation faite à la femme par la loi de 1907 ?

On a répété maintes et maintes fois dans les travaux préparatoires qu'alors la femme qui aurait voulu user d'un de ses droits nouveaux aurait eu à faire la preuve : 1° d'un commerce séparé et 2° de la qualité de bien réservé appartenant à l'objet du contrat. Il nous semble qu'il y a là une méprise : c'est prendre pour résultat le point de départ. Elle n'y aurait pas été obligée en droit, mais seulement en fait. Et, en effet, le droit commun se serait appliqué, elle n'aurait eu à faire aucune preuve ; seulement si le tiers s'était trompé, s'il avait acquis un bien qu'il croyait réservé et qui ne l'était pas, la femme ou le mari auraient pu demander la nullité pour incapacité de cette vente. On voit les dangers courus par le tiers ; aussi qu'aurait-il fait ? Il aurait exigé, avant de traiter, que la femme lui fournisse les deux preuves mentionnées plus haut afin d'agir en toute sécurité. Et à chaque contrat nouveau ces preuves auraient été exigées d'elle, et seraient donc devenues absolument normales. Mais la preuve fournie par la femme ne la lie pas, et une demande de nullité de sa part était recevable, s'il y avait eu erreur et si l'objet du contrat n'était pas, en réalité, réservé. Le tiers aurait d'ailleurs toujours exigé la signature du mari qui lui donnait pleine sécurité. C'était l'intervention maritale nécessaire là où, à tout prix, il fallait l'éviter ; le but de la loi étant justement de l'épargner à la femme.

Il fut reconnu à la Société d'Etudes législatives que cette question de preuve avait été dans beaucoup de pays « la pierre d'achoppement de l'innovation et en avait paralysé les effets » (1).

(1) *Bull. Soc. Et. légis.*, année 1901, p. 462.

La gravité de ce problème a été sentie dans tous les projets, il y est examiné, discuté et diversement résolu.

Dans les premiers projets il ne se posait même pas, puisque la loi votée à la Chambre le 21 février 1896, résultante des propositions Goirand et Jourdan, n'accordait à la femme que le droit de percevoir et dépenser ses gains ; une fois capitalisés ils tombaient sous l'administration du mari. A la Société d'Etudes législatives, au contraire, il fut admis que la femme en gardait l'administration et la disposition. La question des preuves à fournir aux créanciers fut dès lors examinée. Les discussions sur ce point furent très vives à la commission ; elles sont condensées dans les rapports qui en résument les travaux. La majorité des membres de la commission fut d'avis que la femme qui prétendait disposer de quelques-uns de ses biens réservés devait démontrer qu'ils avaient été acquis avec les gains de son travail. M. Boistel exposa que le système contraire eût été exorbitant, parce que souvent elle sera détentrice, en même temps que de biens réservés, de deniers appartenant au mari ou à la communauté. Aussi se borna-t-on à lui faciliter la preuve de la provenance en autorisant à la faire par tous moyens, c'est-à-dire par témoins et présomptions au-dessus de 150 francs ; exception faite pour la commune renommée. On avait l'air d'exiger de la femme qui veut contracter la preuve de sa capacité sur le bien qui faisait l'objet du contrat ; et cela dans tous les cas. L'art. 4 du projet de la Commission semble le dire : « La preuve de la provenance des biens dont la femme déclarera vouloir disposer, pourra être faite par tous les moyens de droit ; sauf par commune renommée ». Mais il semble que ce n'est pas ainsi que doit être interprétée la pensée des auteurs de ce projet. Il n'y a pas là une obligation, à proprement parler, pour la femme ; mais

elle devra toujours, en fait, fournir cette preuve qu'on lui facilite. Et cela, parce que le projet n'établissant pas de présomption qu'elle agit dans les limites de ses pouvoirs, les tiers n'auraient jamais consenti à traiter avec elle sans exiger cette justification. Si les justifications prévues n'avaient pas été fournies ni demandées ; l'acte n'en aurait pas moins été valable ou nul selon qu'il portait ou non sur un bien réservé.

Mais cette solution fut vivement combattue à la Société d'Etudes législatives elle-même. C'est ainsi que le rapport de la commission expose et soutient le système inverse de celui contenu dans l'exposé des motifs de M. Boistel, précédant le projet de la même commission. Les objections qui pouvaient être soulevées contre la solution qui l'avait alors emporté y sont longuement relatées (1). L'auteur était, ainsi qu'une grande partie des membres, favorable à l'idée d'une présomption légale absolue que la femme agit toujours dans ses rapports avec les tiers dans les limites de ses droits. C'est ce qu'avait également proposé M. Saleilles lors de la discussion, dont le projet n'imposait à la femme (art. 3) que la preuve d'une profession distincte, l'exemptant de toute justification d'origine (2). Si la première solution était plus conforme aux principes, et que l'on comprenne parfaitement que la femme usant d'une capacité exceptionnelle peut être obligée de prouver qu'elle est bien dans le cas prévu par la loi ; la seconde solution, par contre, était dictée par des considérations pratiques importantes, puisque le sort de la réforme dépendait de la réglementation de ce point.

Dans la première proposition qui suivit, celle de M. Gros-

(1) *Bull. Soc. Et. Légis*, 1901, p. 452.

(2) *Idem.*, p. 206.

jean, le système de la commission était abandonné. L'art. 2 portait : « A l'égard des tiers la femme, dès qu'elle aura prouvé, fût-ce par un simple titre de reconnaissance émanant du mari, qu'elle exerce une profession lucrative, sera présumée agir dans l'étendue des droits à elle conférés par l'art. 1 » (1). Par contre, la proposition de M. Gourju, qui aboutit au vote de la loi est en sens contraire. Il est dit dans l'exposé des motifs que le pécule réservé étant une dérogation au droit commun, la femme devait prouver la qualité de tel ou tel bien qu'elle prétendrait être réservé. Ce projet et celui voté antérieurement à la Chambre furent renvoyés à la commission qui en rédigea elle-même un nouveau sur lequel la discussion porta au Sénat. Or, ce projet est muet sur la question (2). Ce silence aurait amené nécessairement l'adoption du système opposé à celui qui a finalement triomphé grâce à l'intervention de M. Legrand. Il fit remarquer que les tiers devaient savoir quelle justification ils devraient exiger de la femme pour traiter avec elle sans l'autorisation du mari en pleine sécurité. Il proposa donc un texte ainsi conçu : « elle peut de plus faire emploi même sans autorisation maritale en acquisition de valeurs mobilières ou immobilières, sous la seule justification qu'elle exerce personnellement une profession distincte de celle de son mari » (3). Le rapporteur qui, bien évidemment, ne se rendait pas compte de l'importance de la question et de la portée de l'amendement, répondit qu'il était inutile, la responsabilité des tiers ne pouvant courir de « sérieux dangers », il promit pourtant d'examiner dans l'intervalle des

(1) *J. O.*, Chambre 1905, Annexes, n° 2280, p. 441.

(2) *J. O.*, Sénat, 1907, Annexes, 77, p. 54.

(3) *J. O.*, Sénat, 1907, Séance du 14 mai 1907, p. 620.

deux discussions un texte qui pût donner satisfaction à M. Legrand.

L'importance de certaines réformes et de certains textes n'apparaissent bien souvent qu'après le vote ; et alors que le législateur ne s'en était pas douté. C'est le cas pour l'art. 1, alinéa 4 de la loi du 13 juillet 1907. Il est en effet curieux de remarquer que ni M. Legrand ni M. Guiller, qui seuls disculèrent ce point, n'ont aperçu la portée de cet amendement. Ils semblent ne pas se douter combien favorable pour les tiers et la femme était cette disposition, qui dispensait les tiers de s'enquérir de la provenance des biens qui faisaient l'objet du contrat. En proposant son amendement, M. Legrand dit qu'il n'avait eu pour but que d'attirer l'attention de la commission, et qu'il « n'avait pas la prétention de le croire parfait et penser qu'il ne puisse être amélioré ». Or, il ne fut guère modifié. Il semble même ne pas se rendre compte de l'immunité qu'il va accorder aux tiers ; car il est très dubitatif, « il me semble que les tiers seront suffisamment protégés lorsqu'ils auront exigé cette justification ».

Quoi qu'il en soit, lorsque le texte revint en seconde délibération, il comprenait une disposition concernant cette justification (l'alinéa 4 de l'art. 1), qui fut votée sans discussion. Elle fait naître un grand nombre de difficultés et sa portée même est discutée. Il a même été soutenu qu'elle n'avait pour but que d'indiquer la justification spéciale que la femme devait fournir pour établir qu'elle exerçait bien une profession, et qu'elle était donc capable de contracter sans l'autorisation de son mari ; mais que jamais la loi n'avait entendu soustraire la femme à la charge de prouver la qualité de bien réservé appartenant à l'objet du contrat. Elle n'aurait donc eu pour but que de mettre le

tiers à l'abri si la justification était fausse, la femme n'ayant en réalité jamais travaillé; mais c'est tout, il courrait encore les risques de traiter pour un bien sur lequel la femme est incapable (1). Et, dans ce cas, celle-ci pourrait demander la nullité comme par le passé. Cette opinion est du reste isolée; elle fait une distinction qui n'est pas dans la loi, l'avantage accordé à la femme serait de plus bien minime: elle n'aurait guère été embarrassée pour justifier de l'exercice d'une profession, la difficulté ne portant que sur la preuve de la provenance. Les travaux préparatoires montrent d'ailleurs qu'on a cherché à assurer au tiers une sécurité totale.

Remarquons que l'amendement Legrand ne protégeait par la justification fournie par la femme que « l'emploi en valeurs mobilières ou immobilières ». Sa portée était donc très limitée, ne visant que certains des actes que, depuis 1907, elle peut faire sur ses biens réservés et laissant de côté la vente, l'hypothèque, etc. Cette distinction peut se comprendre, car c'était la preuve de la provenance des deniers qui se trouvent être dans les mains de la femme qui aurait été de beaucoup la plus difficile, sinon impossible à fournir; et l'emploi de ses deniers réservés eût été, de ce fait entravé. Tandis que s'il ne s'agissait que de vendre un objet ainsi acquis la difficulté était moindre, et la provenance aurait résulté des circonstances qui avaient entouré l'achat de ce bien (la justification prévue par l'art. 1, § 2, avait été fournie à ce moment, par exemple, et mentionnée dans l'acte).

L'alinéa introduit par la commission ne contient pas, comme celui de M. Legrand, d'énumération restrictive des

(1) Portemer, *Thèse*, Paris, 1909, p. 89. D'après cet auteur la femme devrait faire la preuve de l'origine même pour l'argent liquide qu'elle a entre les mains.

actes auxquels il est applicable. Elle a été remplacée, peut-être inconsciemment, par les mots « la validité des actes... » L'article ne distingue plus ; tous les actes y sont donc compris.

La justification qu'il prévoit pourra être faite par tous moyens. L'acte de notoriété est cité au premier rang et spécialement par la loi. C'est, en effet, de tous les moyens le plus pratique et celui qui, vraisemblablement, sera le plus employé. Il a de plus un grand avantage, celui de pouvoir servir indéfiniment, la femme n'a qu'à s'en munir une fois pour toutes. Car elle pourra passer des actes relativement à ses biens réservés, souvent très longtemps après avoir cessé tout commerce. Il faut alors qu'elle établisse qu'à un moment quelconque pendant son mariage elle a été commerçante. Si elle ne s'est pas procuré au moment même une preuve qui pût lui servir pour l'avenir, il lui sera quelquefois difficile, peut-être même impossible, de l'établir ; les témoins du fait ayant pu disparaître. La qualité de commerçante pourra aussi résulter, par exemple, d'un acte de société, de l'acte d'acquisition d'un fonds de commerce, etc. L'art. 1 dit « ou de tout autre moyen mentionné dans la convention ». La nécessité de cette mention soulèvera sans doute bien des difficultés. L'alinéa 4 n'est pas clair, cette formalité s'applique-t-elle même à l'acte de notoriété ou ne se rapporte-t-elle qu'aux autres moyens de preuve ? Et quelle est la sanction, est-ce l'inefficacité de la justification ? Cette mention sera évidemment très utile en cas de contestations ultérieures, puisque la preuve que la justification a été fournie résultera de l'acte même qui prouve la convention. Mais il semble que si elle n'avait pas été insérée, le tiers n'aurait qu'à prouver comme il le pourrait que cette justification a été fournie, mais ne cesserait pas d'être couvert par elle. On ne peut pas dire que c'est prouver outre

le contrat ; ce n'est qu'un fait concomitant à ce dernier, qui n'en fait pas partie intégrante, il n'y a donc pas lieu de lui appliquer l'art. 1341 qui défend de prouver contre et outre un écrit. Il n'y a qu'un simple fait dont il pourra fournir la preuve comme il lui sera possible. On ne peut pas dire également que l'alinéa 4 est impératif et exige essentiellement cette mention dans l'acte, il n'y aurait là plutôt qu'un conseil. La solution contraire est trop grave pour qu'on la puisse admettre, alors qu'aucune bonne raison ne la justifie, que le législateur ne s'est pas expliqué expressément sur ce point, et qu'il n'a probablement pas même aperçu la question. Remarquons que la preuve à fournir qui est extrêmement aisée n'exige en rien l'intervention du mari, ce qui est essentiel. Il n'est pas douteux, d'ailleurs, qu'une reconnaissance de ce dernier aurait les mêmes effets que les moyens mentionnés plus haut.

Cette justification fournie, le tiers jouira d'une sécurité particulière et dont on n'a pas d'autres exemples dans notre droit. L'alinéa 4, art. 1, dit qu'alors sa responsabilité ne sera pas engagée. Notons l'impropriété des termes de la loi qui, pris à la lettre, ne voudraient rien dire ; car on ne voit pas en quoi sa responsabilité serait engagée de ce fait. Mais cela n'a pas du reste d'importance, puisqu'il n'est pas douteux que ce que la loi a voulu dire, c'est que le tiers était à l'abri d'une action en nullité et peut-être d'une revendication. L'acte ne sera donc pas exposé aux critiques de certaines personnes (le mari, ses créanciers) qui, en l'absence de la disposition formelle de la loi, auraient eu le droit de l'attaquer. Les personnes lésées seront donc réduites à critiquer l'acte envers la femme, à lui demander réparation du préjudice causé ; ils courront ainsi un grave danger : celui de son insolvabilité, ce qu'ils auraient, peut-être, évité

s'ils avaient pu faire résoudre l'acte à l'égard du tiers.

Cette question fait naître de graves difficultés que les commentateurs de la loi n'ont pas abordées. Et d'abord l'art. 1, alinéa 4, implique que le tiers est menacé d'une action en nullité ou revendication, qu'il est en possession d'un bien déterminé de la femme qui le lui a fait passer pour réservé, et dont on veut le dépouiller. Et dans ce cas il est protégé. Mais cet article ne dit rien, lorsque c'est au tiers à demander l'exécution sur les biens de la femme d'une obligation par elle contractée. L'hypothèse ne peut se réaliser que lorsque la femme n'exerce pas de profession; au cas contraire il y a un gage réservé (quelquefois nul il est vrai) qui répondra de ces dettes au moins théoriquement. Supposons donc une femme qui n'a jamais exercé aucune profession et qui ne peut, par conséquent, avoir aucun bien réservé. A l'aide de fraudes, elle arrive à faire la preuve exigée; et le tiers ainsi trompé lui prête de l'argent. Comment le tiers va-t-il se payer? Sur les biens réservés, il n'y en a pas. Sur tous les biens? ce serait lui donner un gage plus étendu que si la femme avait été réellement capable de s'obliger, auquel cas il eut été limité aux réservés. La loi de 1907 dans ce cas ne le protège pas; elle permet au tiers de garder ce qu'il a, elle ne lui permet pas de poursuivre tous les biens de la femme; elle lui assure la défensive, pas l'offensive. En un mot, l'art. 1, § 4, n'a eu en vue que les contrats qui donnent au tiers un droit sur un bien déterminé; (un objet acheté à la femme); il ne s'est pas occupé de ceux que lui donnent des droits sur tout le patrimoine réservé de la femme (un prêt, par exemple). Mais il faut remarquer que dans tous ces cas il y aura eu des fraudes de la part de la femme pour convaincre le tiers de l'existence d'une profession; et elle sera obligée sur

tous ses biens, non en vertu de la loi de 1907, mais de l'art. 1382, à raison de son quasi délit

La loi a prévu des actes que la femme n'avait pas capacité de faire et qui, de ce chef, auraient pu être attaqués et elle protège les tiers qui ont passé avec la femme de tels actes. La difficulté est que ces actes sont très nombreux et variés, et que l'on ne peut évidemment pour tous appliquer la disposition légale sans aboutir à des énormités. Il faut donc absolument faire des distinctions là où la loi, par inadvertance, ne distingue pas. La femme peut aliéner, par exemple, comme bien réservé : un immeuble appartenant soit à autrui, soit à la communauté, soit à elle-même à titre de propre. Dans le premier cas le tiers acquéreur ne sera pas, sans doute possible, protégé contre la revendication, il le sera, par contre, dans le dernier. Mais de l'acte évidemment nul à celui évidemment valable où s'arrêter ? La loi ne le dit pas, et il faut donc fixer la limite à l'aide d'un critérium logique. Or, cette disposition de faveur s'explique par le désir d'éviter à la femme une preuve par trop difficile, et au tiers le souci de reconnaître l'origine des différents biens qui sont aux mains de cette dernière ; ce qui eut été malaisé et périlleux. Il semble donc qu'il faille rechercher dans quel cas l'erreur de ce tiers est si difficile à éviter que la disposition de la loi a véritablement des raisons de s'appliquer.

Il faut donc examiner chaque cas particulier. Si c'est un immeuble appartenant à un étranger ou au mari ; il serait par trop injuste que l'acquéreur soit alors protégé ; les titres de propriété suffiront d'ailleurs, s'il veut s'en donner la peine, à le renseigner utilement. Si l'immeuble est commun, la solution devient moins évidente ; mais il serait par trop choquant que la femme pût vendre de tels im-

meubles et que l'acquéreur soit à l'abri ; il lui suffira de regarder également les titres de propriété qui le renseigneront. Il verra, par exemple, que c'est le mari qui l'a acheté, et qu'il n'y est pas fait mention que les derniers qui ont servi à l'acquisition avaient la qualité de réservés ; donc même solution que plus haut. Il ne devrait peut-être plus en être de même, s'il s'agit d'un immeuble propre. Le tiers saura bien que la femme est propriétaire, mais il serait difficile pour lui de savoir avec quel argent elle l'achète ; cela remonte peut-être très loin et il lui faudrait faire l'histoire de sa fortune. Il faut faire évidemment des réserves : si l'immeuble avait été acheté par la femme avant d'avoir jamais exercé aucune profession, ou si les titres de propriété indiquaient clairement qu'il provient d'une succession ou a été acquis à titre de emploi, il n'est pas douteux que dans ce cas l'acquéreur ne mérite aucune protection. En résumé, l'on voit que, sauf le cas d'un propre qui peut être douteux, le tiers acquéreur d'un immeuble ne devrait pas être protégé par l'art. 1, § 4 ; car ce serait exorbitant et injustifié. D'autant plus que normalement l'identité des immeubles réservés ne laisse aucun doute, la femme n'aura pas manqué lors de l'acquisition de déclarer expressément dans l'acte, qu'elle est faite à l'aide de deniers réservés et de mentionner également, ainsi que le veut l'art. 1, § 4, qu'à ce moment elle avait fourni la justification d'une profession distincte de celle de son mari.

Arrivons maintenant aux meubles ; c'est eux que la loi vise. En première ligne, il faut placer les titres au porteur et surtout l'argent monnayé. Pour ce dernier, la présomption de la loi s'explique assez bien, car la femme aurait eu la plus grande difficulté à en établir la provenance et la qualité exacte. Par conséquent, si elle en fait un emploi

quelconque (achats de valeurs, d'immeubles, etc.), le tiers sera protégé contre l'action en nullité du mari, si ces deniers, en réalité, appartenaient à ce dernier ou étaient des propres de la femme, ou des biens communs. Il faudrait donc admettre que la femme peut vendre des valeurs au porteur, peu importe quel en soit le propriétaire, en donnant à l'acheteur une situation inattaquable. Et la question se pose même de savoir s'il n'y a pas là une dérogation à l'art. 2279 qui permet la revendication des meubles volés ou perdus pendant trois ans ; la loi de 1907 semble bien ne pas distinguer et dire que dans tous les cas la responsabilité du tiers est à l'abri.

Il faut bien du reste reconnaître que cet article 1, § 4, amènerait, s'il était appliqué intégralement, à des résultats très choquants. Ce serait, par exemple, une femme qui, de nombreuses années après avoir cessé son commerce, pourra employer librement les deniers dont elle peut se trouver détentrice, ou vendre des titres au porteur ; rien qu'en produisant un acte de notoriété établissant qu'autrefois elle était commerçante. L'acte sera, d'après l'art. 1, § 4, inattaquable et elle pourra ainsi faire de multiples opérations tout en n'ayant peut-être plus aucun bien réservé ; mais par cela seul qu'elle pourrait en avoir. Les conséquences sont telles que la jurisprudence sera sans doute amenée à ne pas l'appliquer intégralement par suite d'impossibilité de le faire ; l'on peut s'y attendre.

L'on peut penser que l'un des plus graves défauts de la présomption établie par la loi, que la femme qui exerce une profession agit dans l'exercice de ses droits réservés, c'est d'être très fréquemment contraire à la vérité, donc d'encourager des fraudes de la femme.

Cette justification peut servir à la femme à passer tous

actes ; mais si le tiers savait que l'objet du contrat n'avait pas la qualité de réservé et que l'on puisse le prouver ; il n'est pas douteux, alors, malgré l'exécution de la formalité prévue par l'art. 1, § 4, que l'acte soit attaquable, par application de la maxime *fraus omnia corrumpit*.

Les effets de la justification ayant été déterminés, il faut voir à quel titre elle intervient : est-elle purement facultative ou obligatoire ? En d'autres termes, la validité des actes passés par la femme est-elle subordonnée à son accomplissement ? Le texte dit en effet : « La validité des actes faits par la femme sera subordonnée à la seule justification... » ce semble bien dire qu'en son absence, ils ne seraient pas valables. Mais la solution contraire s'impose ; les travaux préparatoires montrent d'une façon évidente que le seul but de cette disposition est de protéger le tiers, et par là de faciliter à la femme l'exercice de ses droits. On ne voit pas à quel but répondrait ce formalisme rigoureux. Et il serait ridicule qu'une femme dans l'exercice de ses droits réservés, traitant plusieurs fois de suite avec la même personne, dut lui présenter chaque fois son acte de notoriété, et chaque fois, mentionner dans l'acte l'accomplissement de cette formalité. La justification n'a d'intérêt que pour les tiers qui ne connaissent pas la qualité des biens, ou la profession de la femme et qui, par suite, ont besoin d'être protégés. Si aucune justification n'a été fournie, et que la femme était bien commerçante et l'objet du contrat réservé, ce dernier n'en sera donc pas moins inattaquable. Mais si une contestation s'élevait, ce serait à la femme qui demande la nullité, à faire, comme tout demandeur, la preuve de ce qu'elle avance ; le bien était un propre ou faisait partie de la communauté. Si elle y arrive, le tiers subira les conséquences de sa négligence et l'acte sera

annulé. Il avait un moyen bien simple de se garantir, c'était d'exiger une des formalités prévues par l'art. 1, § 4

SECTION II

Retrait des pouvoirs. Inapplicabilité à l'exercice d'un commerce.

Les pouvoirs si étendus de la femme sur les produits de son travail peuvent être l'objet d'un retrait partiel ou total ; ce qui est l'indice d'un état de transition. L'art. 2 prévoit qu'au cas où la femme abuserait des droits à elle conférés dans l'intérêt du ménage, ils pourraient lui être retirés par une décision du tribunal civil statuant en chambre du conseil, sur la demande du mari. Cet article sera, sans nul doute, difficile à appliquer et l'on ne peut dès maintenant prévoir la portée que la jurisprudence lui donnera. Pour quelles raisons le retrait pourra-t-il être prononcé, le texte dit « notamment en cas de dissipation, d'imprudence ou de mauvaise gestion... » Ce ne sont pas là des mots aussi vagues et indéterminés qu'on le reproche souvent aux auteurs de la loi. Chacun a un sens bien distinct, l'imprudence vise la spéculation, les opérations hasardeuses. La dissipation sera le fait pour la femme de dépenser ses gains sans mesure et sans motifs. Le troisième mot vise l'incapacité ou l'incurie. L'énumération de la loi n'est pas, d'ailleurs, limitative «... notamment... » dit-elle ; accordant par là un très large pouvoir d'appréciation au juge, avec comme critérium l'intérêt du ménage. Si le ménage est pauvre, il peut

paraître qu'il y aura abus dès qu'elle ne lui consacrera pas tous ses gains. S'il est riche, au contraire, il n'y aura rien que de très normal à ce qu'elle dépense à son gré une partie, même importante, de ses revenus pour son agrément et intérêt exclusif. Il y a là une question de fait. La procédure établie est simple et expéditive. C'est la chambre du conseil du tribunal civil du domicile des époux qui statue en présence de la femme où elle appelée, et le ministère public entendu. Le mari seul a droit de requérir le retrait des pouvoirs, lequel ne peut porter uniquement que sur les droits accordés à la femme par l'article précédent.

Les pouvoirs seuls étant retrayés, les biens réservés garderont leur qualité et physionomie distincte, c'est ainsi que la femme pourra toujours à la dissolution les garder en renonçant. Sous quel régime seront alors ces biens et comment seront-ils administrés ? Il faut répondre : de la manière dont ils l'auraient été sans la loi de 1907. Si, par exemple, les époux sont mariés sous le régime de séparation de biens, la femme en gardera l'administration telle que l'art. 1449 l'organise. Exception faite pour la communauté, où il est impossible de ne pas tenir compte des modifications apportées par la loi nouvelle aux règles de ce régime ; en sorte que le mari n'aura sur eux que les pouvoirs qu'il a sur les propres de la femme sous le même régime. Et notamment il n'en aura pas la disposition comme pour les biens communs ordinaires. Cela est nécessaire pour assurer à la femme la faculté de retrayer ces biens en renonçant, à la dissolution de la communauté. Du reste, l'on ne voit pas très bien comment ce système pourra fonctionner en pratique. Le législateur ayant oublié d'organiser une publicité pour faire connaître aux tiers la diminution de capacité de la femme, ce qui aurait été d'autant plus nécessaire que le

retrait des pouvoirs pouvant n'être que partiel, la capacité qui s'ensuivra pour la femme variera du tout au tout suivant les cas, et présentera de nombreuses modalités différentes. Si les tiers ne sont pas au courant du changement de capacité de la femme, il est impossible de leur en faire supporter les conséquences. Cette solution doit être admise, par analogie avec ce qui est décidé lorsque les tiers ignorent que le mari a retiré à sa femme l'autorisation pour faire le commerce (1).

Signalons une nouvelle et très grave lacune. Le retrait des pouvoirs une fois prononcé par le tribunal, est-il définitif, ou bien au contraire la mainlevée peut-elle en être obtenue si les circonstances le permettent ? Sur ce point la loi est muette et il semblerait que ce silence même dicte la solution ; et qu'il n'est pas possible, sans texte aucun, d'organiser de toutes pièces une procédure. Mais le silence de la loi ne peut être interprété comme un refus : il n'y a là qu'une lacune parmi beaucoup d'autres. De toute nécessité, la mainlevée doit pouvoir être obtenue. Il serait extrêmement peu satisfaisant que la déchéance persiste, lorsqu'elle n'a plus de raison d'être, et qu'il n'y a plus d'abus à craindre de la part de la femme. Ce peut être, de plus, le mari qui dissipe les biens tombés sous son pouvoir par l'effet du retrait, et qu'il importe de sauver. Il y a en outre un argument d'analogie très fort : la mainlevée de toutes les incapacités de protection de notre droit (interdiction, conseil judiciaire) peut être obtenue, lorsqu'elles sont devenues inutiles. La possibilité de la mainlevée reconnue, quelle procédure faudra-t-il employer pour y arriver ? La réponse est aisée : ce sera la même que celle du retrait. Le même tribu-

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, 1, n° 251.

nal en connaîtra, qui aura notamment les mêmes pouvoirs, c'est-à-dire que la mainlevée obtenue pourra n'être que partielle.

La femme qui fait le commerce peut à tous moments se voir retirer l'autorisation de son mari, qui lui est nécessaire pour son entreprise. Mais lorsque ce sera un capital réservé qu'elle aura employé en un commerce, ne faut-il pas alors substituer au système du libre retrait les formalités de l'art. 2 ? Cela a été soutenu par M. Valery (2). Mais il faut répondre que dans le commerce il y a quelque chose de plus que l'emploi de certains biens, il y a l'acquisition de la qualité de commerçante. La femme ne puise donc pas le droit de faire le commerce dans la loi de 1907, mais dans le Code. C'est ainsi que nous avons vu que dans tous les cas et quelle que soit la provenance des capitaux qu'elle y engage, l'autorisation du mari lui est nécessaire pour l'entreprendre par application de l'art. 4 C. comm. Aussi, puisque ce n'est pas, même lorsqu'il y n'a que des capitaux réservés, un des droits que la loi de 1907 accorde à la femme mariée, cette loi doit être étrangère à son retrait.

Ce n'est pas la seule arme dont est muni le mari, le même article lui donne en cas d'urgence le droit de demander au président du tribunal de l'autoriser, par ordonnance de référé, à s'opposer aux actes que la femme se propose de passer avec un tiers. Le défaut d'organisation de cette procédure est encore plus sensible que pour la précédente. Tout d'abord elle n'est pas efficace : la femme avertie des intentions du mari par son assignation va se dépêcher de passer l'acte; qui sera valable, la loi ne disant pas que l'assignation suspend le droit que la femme se disposait à

(1) Valery, *op. cit.*, p. 397.

exercer. L'erreur du législateur est d'avoir employé une procédure contradictoire là où il aurait fallu faire appel à la juridiction gracieuse du président du tribunal. Ce dernier devrait pouvoir autoriser le mari sur requête à s'opposer à l'acte, comme il autorise un créancier à saisir-arrêter. Ce devrait être le juge qui s'oppose à l'acte et non le mari. De plus, et c'est là le défaut capital, on ne voit pas, et la loi ne le dit pas, à quoi cette opposition va aboutir. L'opposition bien évidemment n'est que temporaire, et n'empêche pas l'acte une fois pour toutes. Il faut donc édifier la procédure, ce que la loi n'a pas fait. Une seule explication plausible peut être donnée de la disposition finale de l'art. 2 : c'est que l'on est en présence d'une mesure conservatoire et préalable à un retrait des pouvoirs, d'après l'art. 2, 1^{er} alinéa. On peut tirer argument en ce sens de ce que le juge des référés n'ordonne que des mesures provisoires. S'il s'opposait à l'acte souverainement, il y aurait préjudice au principal. Remarquons aussi que chaque fois que la femme voudrait faire un acte analogue, il faudrait renouveler sans cesse la procédure, car il n'y aurait pas chose jugée, ce serait donc l'inefficacité absolue. Qu'il y ait là une mesure préalable au retrait, cela résulte également de la place du dernier paragraphe de l'art. 2 venant immédiatement après l'indication de la procédure à suivre pour arriver au retrait, ce n'en est que la suite : « en cas d'urgence ... » Le mari défend d'abord l'acte puis, ensuite, il se pourvoit en chambre du Conseil. Cette disposition assure donc la rétroactivité du retrait des pouvoirs, et est utile en ce qu'elle empêche la femme qui la prévoit de disposer ou dissiper entièrement tout ce qui peut lui rester. Il n'y a pas de délai fixé par la loi dans lequel le mari devra se pourvoir au principal. Comme l'on ne peut obliger la femme à subir indéfiniment

l'effet de cette opposition, il faut reconnaître au juge le pouvoir de fixer dans son ordonnance le délai dans lequel la procédure devra être entreprise. Ce droit lui doit être reconnu sans texte, c'est seulement une modalité dont est munie son ordonnance : elle ne produit effet que pendant un certain temps. Si, malgré l'opposition du mari, régulièrement autorisé à ce par l'ordonnance des référés, la femme passait l'acte, quelle serait la sanction ? La nullité, sans aucun doute, si l'autre partie au contrat en était avertie ; de même que le tiers saisi qui paye malgré la saisie-arrêt s'expose à le faire deux fois. Mais si le cocontractant de la femme ignorait la mesure dont celle-ci avait été l'objet, il semble impossible d'annuler l'acte à son égard. Le mari serait donc réduit à en demander raison à sa femme. D'où l'on peut conclure qu'il est nécessaire que le tiers soit assigné, ou que tout au moins l'ordonnance du président doit lui être signifiée avec mention de l'opposition du mari.

Si le système proposé semble expliquer assez bien la faculté d'opposition du mari, en n'en faisant qu'une mesure préparatoire au retrait ; il est loin d'être certain que ce soit celui de la loi et l'on ne sait pas au juste, à vrai dire, ce qu'elle a voulu faire par l'art. 2, § 2.

Il est bien entendu, du reste, que cette faculté d'opposition ne s'applique jamais aux actes de commerce, même lorsque le capital commercial est bien réservé, et cela pour les mêmes raisons qui ont été exposées plus haut à propos du retrait total ou partiel des pouvoirs. Un acte de commerce est plus qu'un emploi des biens réservés. L'opposition serait en outre inconciliable avec les nécessités du commerce.

CHAPITRE X

RÉGIME DE COMMUNAUTÉ

SECTION I

Propriété des biens réservés sous la communauté.

Les auteurs de la loi ont voulu ne rien changer aux règles fondamentales des régimes matrimoniaux (sauf M. Saleilles qui s'est montré à la Société d'Etudes législatives franchement partisan de la séparation de biens). Cela a été répété maintes fois lors de la discussion. Il n'y aurait que des modifications apportées aux droits d'administration et de disposition des époux, et la question de propriété serait intacte. On a pourtant touché aux règles du Code concernant la renonciation à la communauté, afin d'assurer une portée utile à la loi ; mais il est curieux de remarquer que les partisans de la solution adoptée se sont efforcés de démontrer qu'elle n'était en rien contraire aux principes directeurs des régimes matrimoniaux.

La question ne se posait pas tout d'abord dans les premiers projets, lesquels n'accordaient à la femme qu'un droit de disposition ; les biens non dépensés retombant sous l'administration du mari et se confondant avec les autres

biens de la communauté (c'est le système du rapport qui aboutit au vote de la loi à la Chambre le 27 février 1896).

Mais à la Société d'Etudes législatives le droit fut reconnu à la femme de capitaliser ses biens et d'en garder la libre administration et disposition pendant toute la durée du mariage, le mari n'ayant plus sur eux aucun pouvoir. Mais en l'absence de dispositions législatives, les biens réservés qui faisaient toujours partie, au moins abstraitement, de la communauté, auraient dû être partagés à la dissolution avec le reste des biens communs. La femme devait alors prendre parti, et si elle renonçait elle perdait tout droit sur les biens réservés, qu'elle avait amassés jusque-là par son travail et sa sage administration. Cela était d'autant plus choquant que s'il lui fallait abandonner ces biens, produits de son travail, indemnes peut-être de toutes dettes de sa part ; c'était parce que le mari avait mal géré les biens soumis à son administration et s'était endetté. La femme subissait l'effet des fautes de son mari, dont jusque-là elle avait été protégée ; et ceux qui, en définitive, profitaient des fruits de son labeur, c'étaient les créanciers de son mari. Ces biens pouvaient être tout aussi nécessaires à la femme après le mariage que pendant pour sa subsistance et celle de ses enfants. Il y avait, en outre, quelque chose de bizarre à ce que ces biens fussent en la possession de la femme alors qu'elle n'était pas libre, et qu'ils lui fussent enlevés justement lorsqu'elle n'était plus soumise à l'autorité maritale. Il venait donc tout naturellement à la pensée de lui permettre de garder les biens réservés même en renonçant. Cette solution était, du reste, déjà admise par la loi genevoise du 7 novembre 1894 (art. 4) qui eut la plus grande influence sur la loi de 1907, et dont le législateur s'inspira largement. Aussi cette faculté lui fut-elle accordée expres-

sément par tous les projets. Celui de M. Tissier par exemple (art. 6) (1), celui de M. Saleilles (2) et d'autres encore ; et il n'y eut aucune discussion au Sénat à propos de l'art 5, § 2, qui réglemente ce droit.

Il permet à la femme, tout en renonçant, de garder pour elle les biens réservés ; et la même faculté appartient à ses héritiers en ligne directe. Ces biens restent grevés de leur passif particulier, ils sont hors du gage des créanciers de la communauté, sauf toutefois de ceux qui ont contracté avec le mari dans l'intérêt du ménage et qui garderont leur droit de poursuite sur ces biens, après comme avant la dissolution. Les autres créanciers du mari ne sont pas de ce fait lésés, il n'y a pas pour eux diminution de gage, puisqu'ils n'ont jamais eu action sur ces biens. Il faut remarquer, et c'est là un défaut capital du système, que la femme ne renoncera pas seulement lorsque la communauté sera mauvaise, ne se composant que d'un passif ; mais toutes les fois qu'elle y aura intérêt. C'est-à-dire lorsque les biens de la communauté auront une valeur inférieure à celle des biens réservés. Ce qui peut se produire, bien entendu, malgré une bonne administration et des gains importants réalisés par le mari ; par cela seul que sa femme aura été encore plus heureuse que lui, il n'y aura pas partage. Sa situation est donc très simple et peu satisfaisante : son sort n'est uni à celui de la femme que pour les mauvaises chances. Le régime nouveau a été inspiré de la clause de reprise d'apport franc et quitte, et l'on a bien insisté dans les travaux préparatoires sur ce fait qu'il n'était pas innové. L'on ne faisait qu'appliquer une clause spéciale du régime de la com-

(1) *Bull. Soc. Et. Légis.*, t. I, p. 55.

(2) *Idem*, p. 205.

munauté qui permet à la femme renonçante de reprendre ses apports ou la partie qui a été fixée d'avance, libre de toutes dettes de communauté.

Il y a du reste entre les deux institutions des différences notables. Ici la femme garde ses biens en qualité de propriétaire ; dans le cas de l'art. 1514 elle n'est qu'une créancière sans aucun privilège sur les autres créanciers. Il est vrai qu'alors elle a un avantage : c'est de n'être tenue d'aucune dette venant du mari, tandis que les créanciers du mari, dans l'intérêt du ménage, auront toujours le droit de poursuivre les biens réservés ; ce qui s'explique par leur destination même. La clause d'apport franc et quitte protège la femme même contre les obligations qui sont tombées en communauté de son chef (sauf toutefois si elles ont été contractées par elle dans son intérêt exclusif : dettes relatives à un propre, par exemple) : en sorte que le mari doit lui tenir compte de celles qu'elle aurait acquittées. La faculté de retrait n'empêche pas la femme d'être obligée de supporter le paiement des dettes qu'elle aurait contractées avec l'autorisation du mari et qui grèvent toujours, avant comme après le retrait, les biens réservés. La faculté de l'art. 5, § 2, est opposable de plein droit ; pour l'autre, il faut une clause spéciale insérée au contrat de mariage ; et les tribunaux, de parti pris, semble-t-il, refusent de la reconnaître opposable aux tiers, comme n'étant pas assez claire (1). Autre différence, et celle-ci à l'avantage de la clause d'apport franc et quitte. A défaut de la femme, l'art. 5, § 2, ne donne la faculté de renoncer, tout en gardant les biens réservés, qu'à ses héritiers en ligne directe ; la clause d'apport franc et quitte,

(1) Planiol, t. III, p. 206.

au contraire, peut être stipulée même au profit des collatéraux et des successeurs testamentaires.

La restriction de la loi du 13 juillet 1907 est fort regrettable. On a cherché à la justifier en disant que le patrimoine réservé n'est affecté qu'aux besoins des personnes dont parle l'art. 5, héritiers en ligne directe ; et c'est leur entretien qu'il importe d'assurer après la dissolution du mariage (1). Mais ce n'est pas le principal, ni le seul motif de cette disposition. Elle s'explique parce qu'il y a quelque chose de très choquant, théoriquement, à ce que la femme amasse pendant le mariage un capital destiné à tomber à la dissolution sous le pouvoir de créanciers qui n'ont jamais eu, jusque-là, de droit sur lui, et pour qui cette dissolution va être un événement inespéré. L'on peut, de plus, estimer que ces biens devraient pouvoir assurer la subsistance d'un frère au même titre que celle d'un grand-père. Le système va être, en outre, la source de graves difficultés, puisque dans le même ordre d'héritiers vont concourir, par exemple, des frères et un père ou une mère, qui n'auront pas les mêmes droits. De plus, les frères et sœurs sont des héritiers plus proches que les grands parents, l'affection de la défunte était au moins aussi forte pour eux que pour ces derniers qui trouveront cependant quelquefois intérêt à accepter une succession à laquelle un frère aura renoncé. Dans les législations, la solution contraire est du reste souvent préférée. C'est ainsi que la loi genevoise du 7 novembre 1894 ne distingue pas (art. 4) : « Si la femme ou ses héritiers renoncent... » (2) Disposition analogue dans le projet Tessier (art. 6) : « à la dissolution la femme ou ses héritiers

(1) Pichon, *op. cit.*, p. 24.

(2) Voir le texte de cette loi reproduit au *Bulletin de la Soc. d'Et. Légis.*, 1901, p. 98.

auront le droit... ». De même projet Saleilles. Pour terminer la comparaison entre la clause d'apport et la faculté de l'art. 5, disons que cette dernière s'applique uniquement à la femme, l'autre aux deux époux, et que leur portée est essentiellement différente : la première ne vise que des apports, ainsi que son nom l'indique, et ne pourrait pas s'appliquer aux gains du travail ; et c'est juste le contraire pour la seconde.

La reconnaissance de la faculté pour la femme de garder ses biens réservés tout en renonçant, donna lieu, surtout à la Société d'Etudes législatives, à de grandes discussions. N'était-ce pas contraire aux règles fondamentales du régime de communauté ? Ce souci bizarre de respecter les cadres établis, vient sans doute de la volonté de ne faire une réforme que sur un point déterminé : l'administration de certains biens ; et cela pour rester sur un terrain où tout le monde était d'accord, afin de ne pas compromettre le sort de la loi.

On admit, très généralement, que le régime établi par la loi de 1907 était en tous points conforme à la construction juridique de la communauté. La faculté de renoncer en gardant ses biens réservés n'était que la généralisation légale d'une clause fournie par le Code (art. 1514). L'on peut en outre admettre, disait-on, que la loi répartisse la tâche en ce qui concerne l'administration de la communauté. Quoiqu'il en soit, on peut penser que si les principes théoriques qui régissent le régime de communauté sont intacts, il n'en est pas de même des raisons pratiques justificatives de ce régime. La communauté n'existe plus qu'à la dissolution du mariage (et encore s'il plaît à la femme) ; selon l'expression de M. Cauwes, elle est posthume. La communauté se comprend très bien lorsque les biens des époux ont été réunis pendant le

mariage en une seule masse, ayant un seul administrateur ; mais on ne comprend guère l'opération qui consiste à réunir à la dissolution du mariage, pour les partager, deux masses de biens qui, jusque-là, avaient toujours été séparées et avec deux administrateurs distincts. Pourquoi ? Le partage ne doit pas être le but, il ne s'explique que lorsqu'il est nécessaire, parce qu'il y a une masse qui a été réellement dans l'indivision. C'est cette dernière qui est l'essence même de l'institution ; le partage n'est qu'un moyen de la faire cesser, lorsqu'elle est devenue impossible à cause de la dissolution du mariage. La communauté sous la loi de 1907 ne justifie plus son nom, elle n'est plus matérielle ; mais seulement intellectuelle, abstraite. Et ce qui est encore plus contraire à son esprit, c'est la généralisation légale d'une clause aussi dérogatoire et exceptionnelle que celle d'apport franc et quitte. L'une des deux parties ne partage que si elle le veut bien : c'est-à-dire si elle y a intérêt. Aussi quoique les auteurs de la loi répètent qu'elle n'apporte aucune modification à la propriété sous le régime de communauté ; on peut estimer, au contraire, qu'il y a adoption partielle de la séparation de biens ; la femme étant à sa volonté séparée de biens ou commune. La solution est tout à fait injuste vis-à-vis du mari qui, s'il est heureux dans ses affaires, voit son conjoint prendre la moitié de ses gains, tandis que si c'est ce dernier qui réussit, il n'a, par contre, rien à espérer.

M. Saleilles a montré que s'il y avait eu adoption de la séparation de biens, les solutions n'auraient pas changé, que seules les constructions juridiques différeraient, et il conclut : « c'est une séparation de biens dans les faits et dans la réa-

(1) *Bull. Soc. Etud. legis.*, 1901, p. 135 et 148.

(2) *Bull. Soc. Etud. legis.*, 1901, p. 85.

lité, sinon dans la virtualité des principes juridiques. M. Huber, de Berne, avait également déclaré, à propos de la loi genevoise du 7 novembre 1894, dont l'art. 4 est voisin de l'art. 5, § 2, de la loi de 1907, qu'il y avait application des principes de la séparation de biens (1). On peut alors se demander pourquoi l'on n'a pas mis les faits d'accord avec le droit. M. Boistel va nous le dire : c'est que si les gains de la femme avaient été placés sous le régime de la séparation de biens, il aurait fallu, de toute nécessité, en faire autant pour ceux du mari ; ce que l'on voulait à toute force éviter (2). La loi est, d'ailleurs, arrivée d'une façon détournée, hypocrite, à procurer à la femme, tout en les refusant au mari, les avantages de la séparation de biens en même temps qu'elle laissait subsister à son profit ceux de la communauté ; elle n'a qu'à choisir suivant son intérêt. On ne voit pas en quoi le régime nouveau des produits du travail de la femme va contribuer à resserrer l'union des personnes et des vies « que la confusion et l'identité des intérêts pécuniaires soutient et affermit », ainsi que l'a dit M. Turgeon. L'indépendance pécuniaire des époux (qui s'accompagne nécessairement pour la femme d'une liberté personnelle) va donc tendre à dissocier l'union conjugale ; et le mari, particulièrement, en présence de la situation défavorable et incertaine qui lui est faite, sera amené à dépenser ses gains dans son intérêt exclusif, plutôt qu'à les économiser.

Et, malgré tout, la faculté donnée à la femme est logique, étant donnés les pouvoirs qu'elle a sur les biens réservés pendant le mariage ; et ses avantages pratiques sont, de plus, très grands, puisqu'elle lui permet de garder par

(1) *Bull. Soc. Etud. legis.*, 1901, p. 72.

(2) *Idem.*, p. 58.

exemple, tout en renonçant, un fonds de commerce acheté à l'aide de ses gains. Ce qu'il y a donc d'illogique, c'est la qualité juridique que ces biens gardent contre toute vraisemblance. Ils sont communs, alors qu'il n'y a rien de commun, ni l'administration ni souvent la propriété. Et le mari qui n'a pas les mêmes privilèges, est lésé par un défaut de réciprocité. Aussi, peut-on admettre que cette loi n'est qu'une étape vers la séparation de biens.

Examinons maintenant les différentes questions soulevées par la faculté de garder les biens réservés tout en renonçant. Pour ce qui est de la femme, pas de doute, elle gardera la totalité de ces biens. Si elle laisse des héritiers qui ont tous ce droit, par exemple des descendants (art. 3, § 3) la question d'accroissement ne se pose pas. Quel que soit le parti qu'ils prennent sur la communauté, ils ont toujours leur part de biens réservés, mais elle varie suivant qu'ils acceptent ou renoncent. Dans ce dernier cas elle est obtenue en divisant les biens réservés par le nombre d'héritiers ; s'ils acceptent, au contraire, leur part théorique ne sera que de la moitié de la somme ainsi obtenue, l'autre moitié allant au mari. Mais il arrivera fréquemment, qu'à la succession de la femme viendront des héritiers dont quelques-uns seulement jouissent de la faculté de l'art. 3. C'est le cas pour l'ordre des collatéraux privilégiés, père ou mère, en concours avec des frères ou sœurs. Ou encore, lorsque dans une ligne se trouvera un ascendant qui, par l'effet de la fente est en concours avec des collatéraux dans l'autre ligne. S'ils acceptent tous la communauté, leurs droits sont égaux ; il n'en est plus de même s'ils renoncent. Les collatéraux perdront bien dans ce cas tout droit sur les biens réservés comme sur la communauté, tandis que les ascendants useront de la faculté

à eux donnée par l'art. 5, § 3. Mais dans quelle mesure pourront-ils le faire ? seulement pour leur part et portion virile, ou bien y a-t-il accroissement à leur profit des parts des collatéraux renonçants ? On pourrait comprendre que les biens réservés tout entiers échappent au mari par cela seul qu'il existe un des héritiers de la femme prévus par l'art. 5, alinéa 3. Mais il faut ici appliquer par analogie l'art. 1475 Code civil, lequel visant le cas d'héritiers de la femme commune qui prennent des décisions différentes sur la communauté, décide que la part des renonçants accroît au mari ; les acceptants n'ayant droit qu'à leur portion virile et héréditaire. Et cela est logique, celui qui renonce dispose de sa part ; en sorte que ses cohéritiers ne peuvent avoir de droits sur elle. On voit que la loi du 13 juillet 1907 a modifié le régime successoral en donnant aux ascendants des droits que n'ont pas les collatéraux, et par là est rompu, sans aucune bonne raison, le principe de l'égalité des droits entre héritiers d'un même ordre successoral.

Remarquons qu'il y a là une hypothèse identique à celle des ascendants réservataires primés par des frères ou sœurs. De même que la réserve du grand-père, par exemple, n'aura lieu d'être établie que si les frères et sœurs du défunt, qui lui sont préférables, renoncent ; de même sa faculté de retrait ne pourra être exercée que si les collatéraux privilégiés qui, eux, ne bénéficient pas de cette faculté, renoncent à la succession de leur sœur. Comme pour la réserve, cela pourra donner lieu entre les différents héritiers de la femme à des arrangements : les frères ayant parfois intérêt à se faire payer leur renonciation. Cela serait absolument valable.

SECTION II

Les créanciers commerciaux de la femme ont-ils action sur la communauté et contre le mari ?

Les modifications apportées à l'administration et à la disposition des biens réservés sous la communauté ont-elles amené des modifications corrélatives dans le système des obligations sous ce régime ? Les créanciers du mari ont perdu le droit de se payer sur les biens réservés et cela malgré qu'ils fassent encore, au moins théoriquement, partie de la communauté. Exception est faite pour ceux qui ont traité avec lui dans l'intérêt du ménage, et qui voient leur gage antérieur intégralement maintenu (art. 3, alinéa 4). La femme autorisée de son mari engage comme auparavant la communauté et le mari, c'est la solution implicite par l'art. 3 *in fine*.

En est-il de même des obligations contractées par la femme dans l'intérêt de son commerce ? Cette question est d'une importance considérable, puisque c'est celle du gage de la femme commerçante ; son crédit en dépend et, par conséquent, la réussite de son commerce. Alors que la réforme n'était encore qu'un projet, des auteurs estimaient déjà qu'elle devait avoir nécessairement pour conséquence de réduire le gage des créanciers commerciaux de la femme, que déterminent les articles 220 Code civil et 5 Code commerce (1). Et c'est ce qu'a soutenu M. Valéry après le vote

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, I, p. 300, note 3.

de la loi (1). Pour la femme qui a contracté en vertu d'une autorisation spéciale du mari, il reconnaît bien la persistance du régime antérieur ; mais il dénie au contraire tout droit au créancier commercial contre la communauté et le mari. Il base cette solution sur un argument de texte. L'alinéa 4 de l'art. 3 exigerait, pour que le mari et la communauté soient obligés, une autorisation maritale spéciale et l'autorisation générale en vertu de laquelle la femme entreprend un commerce ne suffirait pas. Ce qui se justifie, selon lui, parce que le mari n'acquiert plus les bénéfices de la femme, en sorte qu'il y a lieu d'appliquer le brocard *ubi emolumentum ibi onus*. Et il semble bien que c'est là pour M. Valéry l'argument logique qui détermine et nécessite la solution ; celui de texte assez désespéré, il est vrai, n'étant employé que pour essayer de démontrer qu'elle n'est pas absolument contraire à la lettre même de la loi.

Il suffira de faire remarquer que l'art. 3 ne dit rien de ce que M. Valéry veut lui faire dire. Il parle d'autorisation du mari sans plus préciser ; or traditionnellement, les obligations contractées en vertu d'une autorisation générale d'entreprendre le commerce ont absolument les mêmes effets que s'il en était intervenue une spéciale. Un texte exprès eût donc été nécessaire pour déroger à cet état de choses, et puisque l'alinéa 4 de l'art. 3 parle d'autorisation sans plus préciser, il vise évidemment tous les cas où la femme est autorisée, de quelque façon que ce soit. Si le législateur avait eu la pensée que lui prête M. Valéry, il eût modifié sans aucun doute l'art. 3 Code commerce. D'ailleurs, la différence faite entre les deux sortes d'obligations ne s'explique guère, alors surtout que celle contractée dans

(1) Valéry, *op. cit.*, p. 397.

l'intérêt du commerce devrait être au contraire favorisée. Il n'est donc pas douteux que l'on n'a rien voulu changer au régime antérieur par cela même qu'il était favorable à la femme et à son commerce. Les résultats auxquels on arrive avec la doctrine contraire sont, d'ailleurs, assez éloquents par eux-mêmes. Pour les petites commerçantes mariées sans contrat, c'est-à-dire pour la catégorie de beaucoup la plus nombreuse et non la moins intéressante des personnes auxquelles la loi nouvelle va s'appliquer ; leurs créanciers commerciaux se seraient trouvés sans gage aucun et le commerce eut été de ce fait impossible. Et, en effet, les propres seront, dans ce cas, tout à fait exceptionnels, il y a bien le patrimoine réservé qui répond de ces dettes ; mais il peut être infime, insuffisant, même nul. Si la femme ne fait que d'entreprendre son négoce ; il n'y en a pas du tout, forcément. On voit combien ferait défaut le gage habituel, et le plus important, sinon le seul : la communauté. Si le commerce périclité et que les créanciers sont nombreux, il n'y aurait pas de gains, donc pas de gage. Quant au raisonnement basé sur « *l'ubi emolumentum ibi onus* », on verra plus loin que le droit de poursuite des créanciers commerciaux sur la communauté s'explique tout autrement.

La solution contraire de celle que propose M. Valéry est du reste très généralement adoptée (1).

Il faut voir maintenant comment l'on peut expliquer l'obligation du mari et de la communauté, lorsque la femme est autorisée. C'est un point fortement controversé, de nombreuses explications ont été proposées et les conséquences pratiques varient avec chacune. Aussi importe-t-il de voir si des modifications apportées à ce régime par la

(1) Lyon-Caen et Renault, *Manuel*, 9^e édition, p. 70.

loi de 1907, on peut tirer des conclusions favorables à l'une ou l'autre des théories en présence. La question est d'un intérêt pratique considérable. Si l'on considère que le mari, par l'effet seul de son autorisation, s'oblige envers le créancier de sa femme, il faudra admettre qu'il s'est obligé personnellement envers lui. Peu importe, par conséquent, le sort de l'obligation de cette dernière ; si elle est mise en faillite, il ne bénéficie pas du concordat ; après la dissolution du mariage il continue à être tenu pour le tout et non pas seulement pour moitié. L'obligation de la communauté ne dérive pas de celle de la femme, mais de la sienne et elle en suit le sort. Son obligation peut être regardée comme commerciale et il pourra être poursuivi devant la juridiction consulaire.

Si, au contraire, il n'est obligé que comme commun en biens, les solutions inverses s'imposent. Il ne pourra être poursuivi après la dissolution que pour moitié, il bénéficie du concordat accordé à sa femme. Il ne peut pas être actionné devant les tribunaux commerciaux. La communauté est alors obligée du chef de la femme.

On explique l'obligation personnelle du mari de différentes façons. M. Thaller, il y a déjà assez longtemps, a exposé sur ce point deux théories, qu'il a aujourd'hui abandonnées, mais qu'il est toujours intéressant d'exposer au point de vue théorique (1). D'après l'une, la femme devrait être considérée comme faisant le négoce pour le compte de son mari : l'autorisation tacite de ce dernier équivaldrait à un mandat : Ce serait donc le mari qui seul serait commerçant et pourrait être mis en faillite. Mais le point faible de cette

(1) *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1882. De la faillite des différents commerçants, p. 578 et s.

théorie, outre qu'il est contraire, le plus souvent, à la volonté de mari de présumer qu'il donne mandat tacite, est de ne pas expliquer pourquoi la femme qui n'est que mandataire, s'oblige, elle aussi. Il faudrait alors admettre qu'elle cautionne toutes les obligations commerciales du mari. De plus, jamais une femme mariée ne pourrait ainsi avoir la qualité de commerçante.

D'après une seconde théorie les époux formeraient entre eux une société commerciale. De ce fait, les deux parties seraient tenues de la dette au même titre et seraient toutes deux commerçantes. Mais l'on se bute ainsi à la nullité des sociétés entre époux, et à la disposition de l'art. 5 Code comm., qui présume que la femme n'est que la mandataire et l'employée du mari, lorsqu'elle n'exerce pas un commerce séparé.

Une troisième théorie fort en faveur parmi les auteurs, celle du mari caution, admet également l'obligation personnelle du mari. Il y aurait là une exception à la règle *qui auctor est, non se obligat* (1). L'obligation du mari serait analogue à celle d'une caution ; elle serait donc civile et il ne serait pas exposé à la faillite. Mais comme toute caution, dont c'est justement l'utilité, il ne bénéficie pas du concordat ; et, après la dissolution du mariage, il répondra toujours de la dette entière. Enfin, la communauté serait tenue de son chef et non de celui de la femme. Logiquement, il ne devrait pas pouvoir être poursuivi devant la juridiction consulaire. C'est ce qu'admettent M.M. Lyon-Caen et Renault, tout en reconnaissant que la solution contraire est plus pratique. M. Thaller, qui admet que le mari n'est tenu que comme caution réelle, cherche à éviter deux procès et

(1) Voir Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, p. 300. — Boistel, n° 100.

à réduire les frais engagés par ces deux poursuites (1). Le mari ne serait pas, selon lui, une caution ordinaire restant étrangère aux résultats de l'engagement principal, il en profite ou en subit les conséquences. Et l'on peut considérer que le mari, tout en n'ayant pas la qualité de commerçant, fait là un acte commercial qui le rend justifiable des tribunaux consulaires (2). L'on aboutit ainsi à l'unité de compétence. Mais, sur un point, les auteurs étaient d'accord, c'est pour justifier l'obligation du mari par le brocard *ubi emolumentum ibi onus*. C'est parce que le mari profitait des gains du commerce de sa femme qu'il en doit supporter les charges (3). Et MM. Lyon-Caen et Renault estimaient que si un jour les produits du commerce de la femme devaient être exclus de la communauté, l'obligation du mari et de la communauté devaient cesser, faute par eux de percevoir le bénéfice correspondant (4).

(1) Thaller, *Manuel du droit commercial*, p. 106.

(2) Il a été, en effet, jugé que le cautionnement, contrat civil de sa nature, peut, dans certains cas, devenir commercial, notamment quand la caution garantit des affaires commerciales dans lesquelles elle est personnellement intéressée : Requête, 21 juin 1888 (D. P. 89, 1, 115).

(3) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, I, p. 300. — Thaller, p. 106.

(4) De nombreux auteurs admettent l'obligation personnelle du mari, par exemple Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, 4^e édition, t. V, § 520, n° 2, p. 433 et s. — Demolombe, t. IV, 310. La jurisprudence se prononce également dans ce sens. Un arrêt de Paris, 19 février 1845 (D. P. 45, 4, 89) décide que la remise en cas de concordat est limitée à la femme qui l'a obtenue, à l'exclusion de tous autres coobligés et par conséquent à l'exclusion du mari. Dans ce même sens, cass. 17 janvier 81 (D. P. 81, 1, 145), 20 février 1891 (D. P. 91, 2, 326) et Civile, 16 juillet 1902 (D. P. 1903, 1, 401) qui admet la solidarité entre époux.

De même les tribunaux décident généralement que cette obligation du mari est civile et que l'exécution ne peut en être poursuivie que devant les tribunaux civils exclusivement ; en ce sens : Tribunal de commerce de Saint-Etienne, 28 janvier 1897 (*Moniteur judiciaire*, Lyon, 8 août 1898), Paris, 25 janvier 1895 (D. P. 95, 2, 230). Tribunal de Commerce de Nantes, 30 mars 1901 (*Recueil de Nantes*, 327, 1, 1901). Tribunal de commerce d

Dans une autre opinion, tout à l'opposé, il n'y aurait pas à proprement parler d'obligation personnelle à la charge du mari, ce dernier ne serait tenu que comme commun en biens. La femme autorisée oblige la communauté, et le mari n'est tenu qu'à cause de l'obligation de la masse commune, et à raison de la confusion existante entre ses biens et elle, qui ne permet pas aux créanciers de distinguer à qui appartiennent au juste les biens objets de leurs poursuites. On doit dans cette opinion admettre que le mari profite du concordat de la femme et qu'à la dissolution il n'est plus tenu que pour moitié de ces dettes. Cette thèse a été soutenue très éloquemment par Laurent. « Il est impossible que l'on soit débiteur personnel sans que l'on ait parlé au contrat. La dette de la femme autorisée est dette de communauté. Or, par la contexture de ce régime les biens du mari et communs ne forment qu'un seul et même patrimoine. Celui qui a action sur la communauté l'a donc nécessairement sur le mari (1). »

L'art. 2092 du Code civil établit le principe de l'universalité du gage. Celui qui s'oblige engage tous ses biens sans exception. Cela suppose évidemment que la partie est capable de contracter. La femme étant incapable, si aucune des forma-

Saint-Etienne, 25 juillet 1905 (D. P. 1906, 5, 25) (*Pandectes français*, 1906, 2, 343).

Il y a partout quelques décisions en sens contraire. Une décision du Tribunal de commerce de Marseille, 8 août 1900 (*Recueil de Marseille*, 370, 1, 1900) décide que l'obligation du mari est commerciale comme celle de sa femme et que les tribunaux consulaires sont donc compétents. Ce qu'admet également un jugement de Limoges du 11 décembre 1903 (*Gazette palais*, 1903, 2, 675), parce que la demande ainsi formée a la même cause et repose sur les mêmes faits. De même Tribunal commerce, Lyon, 25 mars 1904 (*Gaz. comm.*, Lyon, 14 mai 1904).

(1) Laurent, *Droit civil*, t. XXII, n° 70. Dans le même sens Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville.

lités nécessaires pour lever cette incapacité n'est survenue, ne peut donc donner aucun droit sur son patrimoine. Mais si, au contraire, elle a été habilitée en la forme ordinaire, c'est-à-dire par une autorisation de son mari, l'art. 2092 va s'appliquer textuellement. Quels sont les biens de la femme : ses propres d'abord, et ensuite la moitié de la communauté. Il faut bien insister sur ce point : à un moment quelconque du mariage la femme est copropriétaire de la moitié des biens communs, et il est totalement indifférent qu'elle n'ait pas contribué pour un centime à leur formation. Elle peut même alors demander à leur égard des mesures conservatoires ; et, pour prendre un exemple frappant, si le mari meurt quelques jours après le mariage, la propriété de la moitié de ces biens se trouve lui appartenir définitivement. Il n'y a aucune raison de faire exception pour la femme mariée à la règle de l'art. 2092 ; puisque ces biens lui appartiennent, ses créanciers pourront les saisir. Cela est d'autant plus nécessaire que bien souvent la femme n'aura pas de propres et que sa part dans la communauté sera son seul avoir. Les créanciers de la femme pourront donc saisir toute la communauté, à raison de la texture de ce régime, cette masse de biens étant destinée à répondre indistinctement de toutes les obligations des conjoints. Le mari qui en a la garde joue pour ainsi dire le rôle de caissier, il donne au créancier de la femme, par son autorisation, le visa qui lui permettra de toucher. Seulement les droits du mari sont tels, sur ces biens, qu'il s'établit forcément, du moins la loi le pense, entre eux et son patrimoine, une confusion telle que l'on ne peut forcer le créancier à distinguer. Il se paiera sur le tout, même sur les biens du mari qui en droit, sinon en fait, ne lui sont pas affectés. Ce qui n'a pas trop d'inconvénients, en somme, le mari y ayant forcément consenti.

On a objecté que l'impossibilité pour les tiers de distinguer les deux masses n'existe pas. M. Thaller, dans les articles précités, soutient qu'il y a des cas où les tiers seront en faute de ne pas avoir distingué dans la masse les biens propres des communs : si le mari a fait une donation de biens communs immobiliers (interdite par l'art. 1422), le donataire sera sujet à voir son droit résolu. Mais il suffit de remarquer que la résolution n'aura pas lieu parce que le tiers était en faute ; mais parce que le mari a outrepassé ses pouvoirs ; la résolution opère aveuglement et contre des personnes à qui l'on n'a rien à reprocher. L'art. 1442 reconnaît d'ailleurs l'existence de la confusion, en donnant aux créanciers d'une succession propre au mari, le droit de poursuivre la communauté, sauf récompense à la femme.

Un des principaux arguments en faveur de l'obligation personnelle du mari est tiré des termes mêmes de l'art. 5 Code commerce. « La femme oblige son mari... », c'est donc que le mari s'oblige, dit-on, et qu'il est tenu personnellement. Mais les termes mêmes de cet article sont au contraire en opposition avec cette théorie : ils disent que la femme oblige le mari, ils ne disent pas que le mari s'oblige. Et il ne pouvait pas employer d'autres termes pour indiquer que le mari était tenu à raison de la confusion existante.

Les systèmes qui admettent l'obligation personnelle du mari essayent bien de la justifier lorsque la femme a contracté dans l'intérêt de son commerce ; mais le problème est infiniment plus large et se pose pour des actes quelconques, non commerciaux. L'autorisation maritale a alors le même effet, le créancier pourra poursuivre la communauté et le mari, et il est bien évident qu'aucun des systèmes proposés ne vaut dans ce cas, alors que l'explication

fournie devrait être probante pour tous les cas. On ne peut pas faire intervenir une société, non plus qu'un mandat, et difficilement une caution. Ce serait admettre que le mari cautionne tous les actes de la femme qu'il autorise, et l'on ne voit pas pourquoi il le ferait. De même on ne se rend pas bien compte des raisons pour lesquelles le mari cautionne la femme sous la communauté et pas sous les autres régimes matrimoniaux. Pourquoi ne protège-t-il ainsi le commerce de sa femme que si elle est commune en biens ?

Remarquons qu'aujourd'hui, il est impossible de fournir l'explication donnée antérieurement, et de dire que le mari supporte les charges du commerce de la femme parce qu'il en profite : *ubi emolumentum ibi onus*. Cela n'est plus vrai depuis 1907. Cela ne l'était du reste auparavant que dans la moyenne générale, dans chaque cas particulier la vérité était tout autre. Si le mari profitait du commerce de sa femme, c'est qu'il était prospère et il n'avait donc pas de charges commerciales à supporter. Si, au contraire, il périclitait, les créanciers le poursuivaient bien, mais il n'en avait peut-être jamais obtenu aucun profit. En sorte que la justification dans chaque espèce particulière n'avait guère de force.

Toutes les explications qui aboutissent à l'obligation personnelle du mari pèchent par le même point. Elles supposent et nécessitent toutes l'intervention d'un acte juridique provenant du mari, que rien absolument dans la loi ne permet de faire intervenir. L'idée de mandat, de société, de caution n'y est pas exprimée. De plus, la grande diversité de contrats que l'on a proposée est significative, et est l'indice sûr d'une solution artificielle et compliquée. En l'absence de disposition expresse légale, il semble bien que seul un fait, une particularité de texture d'un régime

peuvent expliquer les différences qui le séparent des autres régimes; la solution proposée, celle de la confusion, est simple, elle est tangible. Il y a en sa faveur un argument péremptoire. Une succession mobilière s'ouvre au profit de la femme pendant le mariage. Actif et passif tombent dans la communauté. Les créanciers du défunt vont donc pouvoir poursuivre et la communauté et le mari. Il ne semble guère possible de dire que l'autorisation du mari, que la femme a dû obtenir pour accepter cette succession, vaut cautionnement par le mari de toutes les dettes qui en dépendent, et qu'il ignore peut-être. Quelle autre explication donner que celle de la confusion? On peut même trouver une autre hypothèse encore plus évidente parce que le mari n'intervient d'aucune manière pour autoriser la femme. On n'a qu'à supposer une femme se mariant sous le régime de communauté légale, sans aucune clause d'exclusion des dettes antérieures. Ceux des créanciers antérieurs de la femme, dont les créances ont date certaine, vont pouvoir se payer et sur les biens de la communauté et sur ceux du mari. Et, dans ce cas, il est absolument impossible de dire que le mari les a cautionnés; aucune autorisation n'a été donnée par lui, ce passif est tombé en quelque sorte mécaniquement en communauté.

Les lois étrangères, en général, n'admettent pas que sous la communauté le mari puisse être poursuivi à raison des obligations commerciales de la femme (1). C'est un argument de plus, semble-t-il, en faveur de notre solution. Le mari n'est tenu que par suite de la confusion existant entre ses biens et ceux de la communauté; or, cette confusion peut être diversement appréciée selon les législations.

(1) Voir Thaller, *Revue critique*, 1882, page 590, note 1.

En résumé, le mari en autorisant sa femme ne s'oblige pas et la règle *qui auctor est non se obligat* est respectée ; il n'y a là qu'une formalité d'habilitation qui la rend pleinement capable et permettra à son créancier de se prévaloir de l'art. 2092. Il pourra donc se payer sur tous les biens de la femme, donc sur la communauté ; et à raison de la contexture spéciale de ce régime et de la confusion qui existent entre les deux masses, les biens du mari lui seront également affectés. Cette solution est consacrée dans la loi de 1907 qui réduit à néant la base même du système du mari caution : le mari tenu des dettes parce que profitant des gains de sa femme. Si la communauté est toujours obligée, la loi de 1907 établit clairement que c'est par application de l'art. 2092 Code civil, parce qu'elle est un des éléments du patrimoine de la femme, parce qu'elle lui appartient par indivis.

Les conséquences ont déjà été exposées plus haut. L'obligation du mari qui s'explique par la confusion existant entre ses biens et la communauté est purement civile et profite du concordat accordé à la femme, et à la dissolution n'est plus tenu que pour moitié. La compétence civile s'impose à son égard, l'argument de M. Thaller, exposé plus haut, devenant inapplicable, puisque le mari n'est plus intéressé aux affaires commerciales de la femme. Il faut conclure enfin que les dispositions de l'art. 5 Code comm. et 220 Code civil sont d'ordre public et qu'aucune dérogation n'y est possible. Le mari ne pourra pas, par exemple, donner son autorisation à la femme d'entreprendre le commerce en spécifiant que la communauté ne sera pas obligée. MM. Lyon-Caen et Renault avaient admis la validité des dérogations, ce qui se comprenait aisément avec la théorie du mari caution. Il dépendait de lui de cautionner ou de ne pas cau-

tionner telle ou telle dette. La solution contraire s'impose du moment que l'on admet que la communauté est obligée par application de l'art. 2092 (1).

Savary pensait que l'actif commercial de la femme devait être soustrait à l'action des créanciers du mari. C'était, d'après lui, une portion de la communauté sur laquelle ce dernier était sans pouvoirs, parce qu'elle était affectée spécialement comme sûreté aux dettes commerciales. Cela a toujours été repoussé : ce serait constituer pour certains créanciers un privilège sans texte. Il est curieux de remarquer qu'aujourd'hui ce gage spécial aux obligations commerciales de la femme et sur lequel le mari est sans droit, quoiqu'il fasse partie théoriquement de la communauté, se trouve réalisé dans un cas par la loi de 1907. C'est lorsque le fonds de commerce a été acheté entièrement avec des biens réservés. Les obligations du mari, sauf dans l'intérêt du ménage, sont sans effet sur lui. Et cela même après la dissolution du mariage, si la femme renonce à la communauté. Savary n'allait pas jusque-là et le mari à la dissolution retrouvait, d'après lui, ses pouvoirs. Si le fonds de commerce de la femme n'est que pour partie bien réservé, dans cette mesure seulement, il formera un gage commercial à l'abri des créanciers du mari. Le système proposé par Savary, il est curieux de le remarquer, est assez voisin de celui des biens réservés de la loi de 1907, et, d'une manière plus précise, il s'inspire d'une idée qu'a consacrée récemment le Code allemand ; c'est que les instruments du travail doivent être libres entre les mains de la femme. Si

(1) MM. Lyon-Caen et Renault, (traité, t. I, page 301), admettent la validité de cette clause et son opposabilité aux créanciers qui ont traité en ayant connaissance. — Un arrêt toutefois a décidé le contraire, Paris, 19 juin 1869 (D. P. 69, 2, 247).

Savary refuse tout droit aux créanciers du mari, ce n'est que par voie de conséquence et parce qu'il n'en reconnaît aucun à ce dernier (1).

Il soutient que le mari ne peut disposer sous la communauté, du capital commercial de la femme : «... toutes les marchandises et dettes actives sont affectées et obligées au paiement des dettes passives, sans que le mari les puisse prendre, vendre ni engager pour s'en servir en ses affaires particulières sans le consentement de la femme ; autrement il n'y aurait aucune sûreté de traiter et commercer avec la femme marchande publique. » — « Les créanciers particuliers du mari ne peuvent pas de son vivant ni de celui de sa femme faire saisir les marchandises, dettes actives et autres effets dépendants de la marchandise dont se mêle la dite femme pour se faire payer des dettes qu'il a contractées avec eux pour le fait de son commerce ou autres affaires particulières ; parce qu'ils ne peuvent exercer que les mêmes actions que leur débiteur. »

(1) Savary, *Du parfait commerçant*, Parère 34, question 3.

CHAPITRE XI

GAGE DES CRÉANCIERS DE LA FEMME A LA DISSOLUTION DE LA COMMUNAUTÉ

SECTION I

En cas d'acceptation.

Si, à la dissolution du mariage, la femme accepte la communauté, les biens réservés tombent alors dans la masse à partager (art. 5, § 1). Ils entrent ainsi dans le gage des créanciers ordinaires de la communauté auxquels ils étaient jusque-là soustraits (sauf pour ceux dans l'intérêt du ménage). Cela n'aura pas, le plus souvent, d'inconvénients, sauf surprise. En effet, si la femme a accepté, c'est qu'il n'y avait aucun danger, que cela lui était avantageux ; sinon elle eut renoncé et gardé ses biens réservés. Mais quel passif venant de la femme va tomber dans la communauté en même temps que l'actif réservé ? La réponse est aisée, ces biens ne seront acquis par la communauté qu'à charge pour elle de supporter le passif correspondant. C'est l'effet du principe : *Bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*. Or, ils étaient affectés à toutes les dettes de la femme sans exception ; tomberont donc en com-

munauté, dans une mesure à déterminer, toutes les dettes de la femme dont elle n'était pas encore le gage. Par conséquent, les obligations de la femme autorisée de justice, et celles contractées sans aucune autorisation. Pour ces dernières, les biens réservés sont le seul gage ; s'il n'était pas admis qu'elles les suivent, même dans le lot du mari en cas d'acceptation, elles se trouveraient alors privées de tout espèce de gage, ce qui est inadmissible.

Dans quelle mesure la communauté va-t-elle être obligée du chef de la femme ? La réponse est facile. Puisque la raison de son obligation est dans son enrichissement, elle ne doit être obligée que dans la mesure où elle s'est enrichie. Il y a là un bénéfice d'émolument au profit du mari comparable à celui que le code réglemeute pour la femme dans l'article 1483. Il se justifie comme lui : elle est sans aucun droit pour obliger la communauté, exception faite pour les biens réservés ; et c'est pourtant ce qui arriverait si l'effet de ses obligations n'était pas limité strictement à ces derniers. Cette limitation, comme le dit M. Planiol, est une condition normale et non un bénéfice (1). Il n'y a là que l'application des principes généraux.

Pour invoquer le bénéfice d'émolument, le mari va-t-il avoir à remplir des formalités analogues à celles prévues par l'art. 1483 pour la femme. Devra-t-il dresser un inventaire ? Il n'y est pas forcé, il n'invoque en effet aucun article spécial, mais seulement les principes généraux, et on ne peut lui imposer des formalités par analogie. En fait, le mari dressera le plus souvent l'inventaire des biens venant de sa femme, pour ne pas être tenu au-delà de son enrichissement. Son obligation n'est pas comparable à celle

(1) Planiol, t. 3, n° 1362.

de l'héritier bénéficiaire qui ne peut être poursuivi que sur les biens de la succession et qui, tant qu'il pourra les représenter ou en rendre compte, verra ses biens personnels à l'abri. Mais, au contraire, le mari, comme la femme qui invoque le bénéfice d'émolument, sera tenu sur tous ses biens, mais pour une certaine valeur seulement.

Le gage des créanciers présente donc une importante différence au cours du mariage et à la dissolution, lorsque les biens réservés sont mis dans le lot du mari. Dans le premier cas, en effet, il porte sur des biens déterminés ; dans le second sur tout le patrimoine du mari jusqu'à concurrence d'un certain chiffre représentant la valeur des biens réservés mis dans son lot. Le mari devra naturellement rendre compte aux créanciers de la femme non autorisée. Mais comme ceux-ci doivent sur les biens réservés subir le concours de tous les créanciers de la communauté, on arrive à une conséquence qui est logique, mais peu satisfaisante. Il semble, en effet, que lorsque le mari aura payé des créanciers quelconques de la communauté, les siens par exemple, pour une somme représentant la valeur des biens réservés, il n'est plus tenu à rien du tout envers tous ceux qui ont traité avec la femme non autorisée. Il n'était obligé à leur égard que pour une certaine somme, sur laquelle ils ne jouissaient d'ailleurs d'aucun privilège vis-à-vis des autres créanciers. Or, cette valeur déterminée n'est plus dans son patrimoine, puisqu'il s'en est servi pour payer des créanciers ; comme sa présence dans son patrimoine était la cause de son obligation, et qu'elle n'y est plus, il est libéré.

Si l'on admet que les créanciers de la femme non autorisée ont sur les biens du mari un gage en valeur, il semble que toute dette payée doit s'imputer sur ce gage, encore

que le créancier envers lequel on s'est ainsi libéré avait comme gage la totalité des biens du mari. Sinon ce serait reconnaître un privilège aux créanciers non autorisés. D'où l'on peut conclure que le mari a intérêt à payer d'abord les créanciers autres que ceux de la femme non autorisée, puisque par là même il se libère pour autant envers ces derniers, sans les payer. Eux, au contraire, ont tout intérêt à provoquer une distribution par contribution. Ceci est du reste purement théorique, parce que si la femme a accepté, c'est que la communauté est bonne et qu'il n'y rien à craindre. Il est indifférent aux créanciers commerciaux de la femme que les biens réservés soient mis dans tel ou tel lot, de toutes façons leur droit porte sur eux et ils subissent dans les deux cas le concours des mêmes créanciers.

Les créanciers de la femme auront parfois l'occasion de demander la nullité de l'acceptation comme étant frauduleuse, elle a en effet pour effet de leur faire subir le concours des créanciers ordinaires de la communauté et du mari contre lequel ils étaient jusque-là protégés, ce qui établit le préjudice. La fraude, si elle est exigée, peut consister de la part de la femme à avoir voulu réduire ses créanciers à un dividende infime par l'effet de leur concours avec ceux du mari.

Si les biens réservés sont mis dans le lot de la femme, ils n'en deviennent pas moins, par l'acceptation, le gage des créanciers de la communauté et du mari. Mais il faut souligner ici une différence du gage des créanciers de la femme non autorisée suivant que les biens réservés sont mis dans le lot du mari ou de la femme. Dans le premier cas, c'est un gage en valeur et dans la mesure de l'enrichissement du mari; dans le second cas, il porte toujours, comme auparavant, sur des biens déterminés. Ce qui s'explique par la dif-

férence entre les causes d'obligation ; le mari, en effet, est tenu de ces dettes à raison de son enrichissement et, dans cette mesure, il l'est sur tous ses biens ; tandis que la femme en contractant n'a pu obliger que certains biens seulement, et ce caractère de la dette subsiste même après la dissolution. Ces créanciers ne seront obligés de diviser leurs poursuites entre le mari et la femme que lorsque l'un des deux ne pourra suffire seul à les payer intégralement. Ce n'est pas une dette de communauté et elle ne se divise pas par moitié entre les deux conjoints.

De ce fait, une question de récompense sera souvent soulevée, si l'un des époux paye plus que l'autre de dettes réservées. Il y a lieu d'assurer l'égalité du partage et cela ne fera pas de difficultés, la garantie étant due entre coportageants. La femme ne doit pas supporter seule les dettes qu'elle aura contractées sans autorisation ; les époux devront, en définitive, les supporter proportionnellement à la part d'actif réservé qu'ils ont recueilli. Cette proportionnalité n'est pas observée par les créanciers qui peuvent poursuivre pour le tout l'un des conjoints ; mais seulement entre époux. C'est purement une question de contribution. Le mari n'a pas, bien entendu, de bénéfice de discussion et il peut être poursuivi le premier et pour le tout, dans la mesure de son enrichissement.

On peut donc conclure que les dettes de la femme non autorisée ont une nature spéciale et intermédiaire ; elles ne sont pas personnelles : le contractant ne les supportant pas seul en dernière analyse ; elles ne sont pas non plus communes, puisqu'elles ne sont pas poursuivables *in infinitum* sur la communauté ; elles ont le caractère de dettes réelles s'attachant aux biens (ou à leur valeur) qui forment leur gage. Ces créanciers, après comme pendant le ma-

riage, ont une situation fort précaire, puisqu'ils ont à subir, en cas d'acceptation, le concours de tous les créanciers des époux, même si les biens non réservés étaient suffisants pour payer ces derniers. Il se pose ici une question analogue à celle du conflit entre hypothèque générale et spéciale qui a déjà été examinée plus haut.

SECTION II

Renonciation à Communauté.

Lorsque la femme renonce, la loi apporte alors une des innovations les plus considérables qu'elle contienne, et qui modifie tout l'aspect du régime de communauté. L'art. 5, § 2, lui donne le droit de garder, quand même, les biens réservés libres de toutes dettes autres que celles dont ils étaient antérieurement le gage. L'art. 5, § 3, donne la même faculté à ses héritiers en ligne directe. Les créanciers de la communauté et du mari qui n'avaient eu, jusqu'à ce moment, aucun droit sur les biens réservés, n'en auront donc jamais. Cette innovation profite à tous les créanciers de la femme, commerciaux ou autres qui, avant la loi de 1907, devaient supporter sur ces biens le concours des créanciers du mari. Si, par extraordinaire, la femme n'usait pas de cette faculté, il n'est pas douteux que ses créanciers pourraient l'exercer à sa place, par l'application de l'art. 1166 Code civil.

La femme ne peut renoncer au bénéfice de l'art. 5, § 2, par une clause de son contrat de mariage ; les travaux prépa-

ratoires montrent assez clairement qu'il y a là une disposition d'ordre public, le législateur a voulu que le sort de ces biens ne fût plus lié à celui de la communauté, et qu'ils soient toujours à l'abri des conséquences de l'incurie ou de la mauvaise administration du mari. Mais, au contraire, il faut reconnaître à la femme le droit d'étendre par une clause de son contrat de mariage la faculté de retrait à ceux de ses héritiers que la loi n'en a pas investi de plein droit ; c'est-à-dire aux collatéraux. Outre que la disposition restrictive de l'art. 5, § 3, ne s'explique guère, et a de multiples inconvénients, on ne peut pas dire avec M. Pichon qu'elle se justifie uniquement par le désir de conserver à certaines personnes les biens qui sont affectés à leur subsistance. Ce droit appartient, en effet, aux ascendants pour lesquels ces motifs n'ont certainement pas ou peu de valeur. Cette disposition a pour base la présomption d'une affection particulière de la femme pour certaines personnes, on ne doit donc pas logiquement empêcher le femme de faire preuve à l'égard de tous ses héritiers éventuels d'une affection que l'on présume pour certains d'entre eux. Il y a, de plus, grandes similitudes entre cette faculté et la clause de reprise d'apport franc et quitte, qui peut être stipulée au profit de tous les héritiers sans exception. On ne voit pas pourquoi il n'en serait pas de même pour la faculté de retrait qui se justifie infiniment mieux, d'ailleurs, que la clause d'apport. La femme a tout particulièrement intérêt à réserver cette faculté, par une clause de son contrat de mariage, à ses légataires universels ou particuliers. Le pouvoir de disposition si large qu'elle a eu pendant sa vie sur ces biens, implique celui d'en disposer pour après sa mort

(1) Pichon *op. cit.*, page 24.

sans avoir à craindre, même alors, les droits du mari.

Quand la femme sera morte ne laissant que des collatéraux, le droit commun antérieur à la loi s'applique, les héritiers ne peuvent plus en renonçant garder quoi que ce soit des biens réservés, qui tombent dans la masse de la communauté aux mains du mari et de ses créanciers. Les dettes de la femme non autorisée, ou autorisée de justice, y tombent également jusqu'à concurrence de l'émolument.

Ces créanciers ont le droit de suite, mais quelle va être leur situation vis-à-vis de ceux du mari ? Lorsque c'est la femme ou ses héritiers en ligne directe qui ont à prendre partie sur la communauté, ils n'ont pas grand chose à redouter. S'ils acceptent, c'est qu'il n'y a rien à craindre des créanciers du mari, s'ils renoncent c'est en gardant les réservés ; et le gage est intact.

Mais ici, il n'en est plus de même, les créanciers de la femme ont particulièrement à redouter le concours de ceux du mari, puisque, par hypothèse, la communauté est obérée, et ils vont probablement être réduits à une contribution minime. Ils ne peuvent éviter ce concours ; on ne peut, en effet, leur reconnaître aucun droit de préférence sur les biens réservés, la loi n'ayant pas statué sur ce point, et il n'y a pas de privilège sans texte. Ce défaut absolu de protection des créanciers de la femme est extrêmement critiquable, et il est injustifiable. Leur gage est déterminé par la qualité des héritiers ; il est intact si ce sont des héritiers en ligne directe, et fort compromis si c'est un frère ou une sœur de la femme. C'est donc le hasard des successions qui va décider si les créanciers de la femme seront ou non payés. On peut estimer que c'est un facteur qui devrait rester absolument étranger à la question. Au lieu de s'inspirer uniquement, dans la réglementation de la faculté de retrait, de l'intérêt de certains

héritiers, on aurait dû viser spécialement par cette institution celui des créanciers de la femme ; donc l'étendre à tous les cas, ou tout au moins établir à leur profit un droit de préférence. C'était d'ailleurs indirectement travailler au profit de la femme qui a le plus grand intérêt à avoir un bon crédit. Le droit de préférence se serait expliqué à merveille, les créanciers du mari n'ayant eu jusque-là aucun droit sur ces biens.

Cette question intéresse tous les créanciers de la femme, même, par exemple, ceux à raison de son commerce qui ont action déjà sur toute communauté. Tandis que si c'est un fils qui renonce, ils ne subissent pas sur les biens réservés le concours des créanciers ordinaires de la communauté ou du mari ; ils le subiront, au contraire, si c'est un collatéral.

A la dissolution de la communauté les époux ont une obligation spéciale, l'art. 1442 met à la charge du survivant de faire un inventaire destiné à protéger les enfants contre ses fraudes, et il dicte des sanctions : admissibilité de la preuve par commune renommée, et perte de la jouissance légale. La femme est-elle soumise à cette obligation en ce qui concerne ses biens réservés ? Ce n'est pas douteux, lorsqu'elle accepte, puisqu'ils tombent alors définitivement dans la communauté et sont soumis au droit commun de ce régime. Avant 1907, l'inventaire était également nécessaire en cas de renonciation, il y avait mêmes raisons, les dangers de divertissement étant aussi grands. Mais aujourd'hui la situation n'est plus la même, puisque la femme garde ses biens réservés tout en renonçant, en sorte qu'il n'y a plus aucune utilité à les faire inventorier.

La question des récompenses est très pratique pour notre matière. Étant donnés les différents patrimoines qui vont se trouver en présence, il s'agit de savoir lequel doit suppor-

ter définitivement les dettes qui ont pu être temporairement acquittées par un autre. Il faudra sans doute pas mal d'années avant que la jurisprudence ait pu fixer les modifications apportées en cette matière par la loi nouvelle.

Si, pendant le mariage, des valeurs réservées sont tombées entre les mains du mari et se sont confondues dans la communauté, et qu'à la dissolution la femme accepte ; la question de récompense ne se pose pas, ces valeurs seront partagées avec le reste. Le mari en devrait compte, au contraire, en cas de renonciation, puisqu'alors elle garde ses biens réservés. Même solution si la femme avait payé de ses derniers réservés une dette que la communauté doit finalement supporter. Pour l'hypothèse inverse : dette réservée acquittée avec ses deniers commus ; en cas d'acceptation, la communauté n'a droit à récompense que si son montant dépassait l'émolument dont elle s'est enrichie. Au cas de renonciation elle aurait droit à récompense pour le montant intégral des sommes par elle déboursées.

Au cas d'acceptation, le mari n'a droit à récompense pour les dettes de la femme non autorisée qu'il a payées et qui ne dépassent pas son émolument, que dans un cas. C'est lorsque la femme n'a pas supporté sur l'actif réservé mis dans son lot une part proportionnelle du passif réservé, puisqu'ainsi que nous l'avons vu ce passif doit être, pour la contribution tout au moins, réparti entre les époux proportionnellement à la valeur des biens réservés mis dans le lot de chacun.

Les dettes de la femme autorisée du mari, et par conséquent ses dettes commerciales, devaient, avant 1907, être supportées définitivement par la communauté. Comme la femme était débitrice personnelle, elle restait bien obligée en cas de renonciation de les payer pour le tout, elle n'était

pas affranchie au point de vue de la poursuite. Mais en ce qui concerne la contribution, elle avait le droit de se retourner contre son mari et de lui demander d'être remboursée de tout ce qu'elle avait ainsi payé. Le mari gardant à lui seul la communauté, seul il devait supporter, en dernière analyse, les dettes provenant de la femme qui y étaient tombées sans récompense. C'est ce que dit expressément l'art. 1494 Code civil. En est-il toujours de même aujourd'hui et la situation, modifiée par le droit qu'à la femme de garder en renonçant certains biens de la communauté, ne nécessite-t-elle pas une modification corrélative de la contribution aux dettes ?

M. Deschamps a soutenu qu'en cas de renonciation, la communauté avait droit à récompense pour les dettes commerciales que le mari avait pu payer (1). C'est là le résultat de la position prise par M. Deschamps sur l'obligation de la communauté, qui ne serait qu'une application du brocard : *ubi emolumentum ibi onus*. La communauté a pu être tenue des dettes commerciales de la femme au cours du mariage, parce qu'elle pouvait espérer s'enrichir à la dissolution des gains faits par la femme dans son négoce. Mais voici que la femme renonce, et la communauté perd définitivement ces biens, en sorte que la cause de son obligation est détruite rétroactivement. Elle a droit à récompense pour les sommes qu'elle a payées en vue d'un fait qui ne s'est pas produit. Mais cette solution ne saurait être admise ; nous avons vu plus haut que le fondement de l'obligation de la communauté est tout autre, Elle est obligée parce qu'elle appartient par indivis à la femme et par application de l'art. 2092 Code

(1) Deschamps *Thèse*, page 96 : Le mari aurait droit à récompense pour le tout.

civil ; elle l'est donc une fois pour toutes et la cause de son obligation n'est pas détruite rétroactivement par le fait de la renonciation de la femme. Le mot renonce exprime bien qu'elle avait jusque-là des droits sur la communauté ; ils ont été antérieurement affectés à ses créanciers et ils le demeurent.

Mais il faut voir maintenant si la communauté doit seule supporter ces dettes, en sorte que la femme ait le droit de recourir pour le tout contre son mari et n'en doive supporter aucune partie, même sur ses biens réservés ? Cela serait à première vue choquant et inadmissible, et reviendrait à dire que lorsqu'une femme fait le commerce, les gains sont pour elle et les dettes pour le mari. La solution paraît simple : l'art. 1494 doit toujours s'appliquer au moins dans son esprit. Et, en définitive, la communauté doit supporter la dette à elle seule. Mais il faut remarquer qu'aujourd'hui cette communauté est, même en cas de renonciation, fractionnée, contrairement à ce qui avait lieu autrefois. La femme en détient une partie, elle doit donc contribuer au paiement de la dette proportionnellement à la part qu'elle a de biens réservés, qui sont théoriquement des biens communs. Cela n'est, bien entendu, qu'une question de contribution, les créanciers commerciaux peuvent toujours poursuivre la femme *in infinitum*. Mais lorsque les époux ou leurs héritiers discuteront entre eux pour savoir qui doit supporter définitivement le poids de cette dette, la femme qui se prévaut de l'art. 1494 ne pourra réclamer à son mari ou à ses représentants de contribuer que pour ce qu'ils détiennent, en fait, de biens communs. Cette solution a un très grand avantage, celui d'être juste. Si la femme renonçante a fait d'excellentes affaires, et que ses biens réservés soient, par exemple, cinq fois supérieurs

au reste de la communauté, elle ne pourra forcer son mari à contribuer au paiement de ses dettes commerciales que pour un sixième, qui est sa part réelle dans la communauté. Cette solution s'impose parce qu'elle est conforme à la loi : la communauté en effet, a ainsi supporté seule la charge de cette dette, et l'on aboutit à un résultat identique à celui auquel on serait arrivé en faisant abstraction de la loi de 1907, et en appliquant la législation antérieure.

Les obligations de la femme contractées dans l'intérêt du ménage, même sans l'autorisation de son mari, doivent être assimilées aux dettes de la femme autorisée, puisqu'elles ont pendant le mariage le même gage qu'elles, et les récompenses auxquelles elles peuvent donner lieu doivent être réglées de la même façon.

SECTION III

Hypothèque légale de la femme mariée sur les immeubles réservés mis dans le lot du mari.

Les biens réservés faisant toujours partie de la communauté, il faut rechercher dans quels cas l'hypothèque légale de l'art. 2121 frappera les immeubles qui en dépendent. En cas d'acceptation, s'ils sont mis dans le lot du mari, la femme devra pouvoir se prévaloir sur eux de son hypothèque légale dont l'existence dépend des résultats du partage. Si, à la dissolution de la communauté, il y a renonciation, il faut distinguer : si elle émane de la femme ou de ses héritiers en ligne directe, la question ne se pose pas ; puisqu'ils gardent quand même les biens réservés. Si elle

provenait au contraire de collatéraux qui n'ont pas le droit de garder ces biens tout en renonçant, les immeubles réservés qui tombent tous dans la communauté seront frappés de l'hypothèque légale. Si la femme a, durant la communauté, aliéné un immeuble réservé, qu'advient-il ? Comme plus haut, la question ne se pose pas si elle ou ses héritiers en ligne directe renoncent. Mais si ce sont des collatéraux ? Si l'immeuble n'avait pas été aliéné, il serait tombé aux mains du mari qui aurait dû, alors, subir l'hypothèque légale. Selon la jurisprudence et la grande majorité des auteurs, les immeubles aliénés au cours de la communauté sont, en cas de renonciation, frappés par l'hypothèque au profit de la femme (1). En va-t-il être de même dans le cas présent ? C'est impossible. Dans la situation visée par la jurisprudence et les auteurs, c'était le mari qui avait aliéné le bien commun (et seul, alors, il avait ce droit) ; dans notre hypothèse, au contraire, l'aliénation provient de la femme. Toute hypothèque lui doit donc être refusée sur ce bien, car elle serait inconciliable avec sa qualité de venderesse ; elle doit en effet la garantie de l'éviction à son acheteur, et qui doit garantir ne peut évincer.

Cette hypothèque est-elle opposable seulement aux créanciers du mari, ou bien même aux propres créanciers de la femme ? Il serait logique de présumer, de sa part au profit de ces derniers, une de ces conventions si fréquentes sur l'hypothèque légale de la femme ; soit une renonciation, soit une subrogation, mais qui serait tacite. Or, c'est impossible, la loi du 23 mars 1855 sur la transcription exigeant dans son art. 9 la rédaction d'un acte authentique mentionnant la convention intervenue : subrogation ou re-

(1) Planiol, t. II, p. 887.

nonciation. Mais l'on peut soutenir qu'il est impossible de faire abstraction des pouvoirs que la femme a eus sur ces biens, en sorte qu'ils sont pour ses créanciers moins des biens communs que des biens réservés, et que l'on ne peut concevoir que la loi grève de plein droit les biens d'un débiteur d'une hypothèque à son profit, et au détriment de ses créanciers. Il y aurait donc deux masses de créanciers dont aucune n'a sur l'autre un droit de préférence, mais dont l'une va se voir seule opposer certains droits : l'hypothèque légale de la femme mariée.

Il suffirait d'admettre que lorsqu'une femme a contre son mari une créance garantie par une hypothèque de la nature qui vient d'être exposée, ses créanciers pourront se payer sur les biens hypothéqués jusqu'à concurrence du montant de sa créance sans avoir à subir le concours des créanciers du mari. La femme, vis-à-vis de ces derniers et du mari, serait réputée avoir exercé son hypothèque, et en fait cela reviendrait, pour eux, absolument au même. Et, pour le surplus, tous les créanciers du mari et de la femme concourraient. Tout se passe, en résumé, comme si la femme avait subrogé ses créanciers dans son hypothèque, mais l'explication théorique est autre ; elle était inopposable à certains créanciers qui ont pu exercer leurs droits sans subir le concours de ceux à qui elle était opposable ; et cela dans la mesure où elle l'était à ces derniers.

CHAPITRE XII

RÉGIME DOTAL. INALIÉNABILITÉ DES BIENS RÉSERVÉS

L'application de la loi de 1907 sous le régime dotal ne se présentera guère que pour les commerçantes. C'est pour elles que le contrat de mariage sera le plus fréquent, et ce régime bien souvent adopté, à cause des dangers de leur profession. Antérieurement à 1907, l'inaliénabilité dotale les protégeait même contre leurs créanciers commerciaux. Mais l'étendue de cette protection variait suivant la clause adoptée ; si c'était la dotalité de biens présents seulement, les produits du travail en étaient par là même exclus. La dotalité ne les frappait que s'il y avait une clause visant les biens présents et à venir. M. Gourju, lors de la première discussion au Sénat, a bien soutenu, qu'avant 1907, la femme travaillait pour son mari dans le système dotal sans société d'acquêts. C'était prendre parti pour une théorie qui se trouvait justement être, très généralement, condamnée. C'était, en effet, faire des produits du travail de la femme des revenus, alors que la théorie qui l'emportait y voyait des capitaux. Cette question avait été depuis longtemps discutée, on avait autrefois tendance à regarder le travail comme un bien et devant être, par conséquent, dotal. Les gains du travail n'étaient alors que les fruits

d'un bien dotal et acquis par conséquent en totalité au mari (1).

Mais, plus récemment, de nombreux auteurs soutinrent que l'activité humaine n'était pas à proprement parler un bien, sauf en économie politique, et que c'étaient les produits du travail qui devaient être considérés comme des capitaux. Sous la dotalité de biens présents ils étaient donc paraphernaux ; sous celle de biens présents et à venir, ils étaient dotaux. Le mari devait en avoir l'administration et la jouissance, la femme en gardant la propriété (2). Il y a aujourd'hui à ce régime une modification certaine, l'art. 5 *in fine* dit que sous tous les régimes qui ne comportent ni communauté ni société d'acquêts, les produits du travail de la femme sont propres. D'où l'on peut conclure d'abord que la question de propriété est tranchée et la thèse exposée plus haut expressément condamnée. La femme n'en a pas seulement la propriété, l'art. 1 lui en donne la jouissance qui allait autrefois au mari. C'est une importante modification apportée au régime de la dotalité universelle.

Mais sur un point la partie de la réforme est douteuse ; sous ce dernier régime l'inaliénabilité dotale subsiste-t-elle comme auparavant ? La quasi unanimité des commentateurs de la loi en admet la suppression pure et simple (3).

Cette opinion n'est, du reste, pas absolue ; c'est ainsi que MM. Lyon-Caen et Renault admettent, au contraire, sa persistance (4).

(1) Troplong, *Contrat de mariage*, tome IV, n° 306.

(2) Ce système a été exposé par MM. Aubry et Rau t. V, page 532. Lyon Caen et Renault, t. I, numéro 198. Boistel *Précis de Droit commercial*, n° 100 bis.

(3) Léon Lyon-Caen, *op. cit.*, page 192. Pichon, *op. cit.*, page 25. Valéry. *op. cit.*, page 397. Degois, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1908, page 282 et s.

(4) Lyon-Caen et Renault, *Manuel*, 1909, page 71.

. Le système généralement admis se base principalement sur la discussion qui eut lieu au Sénat, en première délibération, au sujet du caractère de ces biens sous le régime dotal. Il fut répété maintes fois que les produits du travail seraient propres et paraphernaux (1). C'est de l'emploi de ces mots que l'on argue aujourd'hui pour repousser l'inaliénabilité. Il nous faut donc voir s'ils ont bien la valeur qu'on leur attribue, et, en serrant de près la discussion, dans quelle acception ils ont été employés.

La question fut amorcée par M. Bérenger, qui ne se rendait pas compte exactement de ce qui était fait. «... Dans le régime dotal qui ne comporte aucune communauté, disait-il, vous aurez en définitive une communauté spéciale créée de droit en vertu du texte nouveau. C'est l'introduction d'un système particulier de communauté dans un régime qui, jusqu'à présent, ne le comprenait pas. » M. Bérenger avait cru que l'art. 3, qui dit qu'à la dissolution de la communauté les biens réservés rentreront dans la masse à partager, établissait une communauté sous tous les régimes. Or, il est bien évident, au contraire, que cet article supposait la préexistence d'un tel régime. C'est cette erreur singulière qui amena les explications sur la nature des biens réservés sous le régime dotal. M. Gourju protesta immédiatement ; « ce sont des *paraphernaux* », dit-il. A quoi M. Bérenger répondit «... que les *paraphernaux* n'étaient pas des biens communs et qu'il y aurait lieu à partager les biens réservés même lorsque la communauté n'était pas le régime matrimonial ». C'est contre cette méprise évidente que s'éleva le rapporteur, M. Guiller ; il dit que lorsqu'il n'y aurait pas

(1) J. O. Sénat, 1907, *Discussion parlementaires*, page 627. Colonnes, 2 et 3.

de communauté adoptée, les biens réservés « seront des *paraphernaux* qui demeureront la propriété exclusive de la femme, de même que les biens acquis par le mari lui resteront en propre ». Et comme, là-dessus, M. Bérenger lui demandait s'il pensait que tout cela pouvait être institué sans une disposition législative spéciale, le rapporteur lui fit remarquer, avec raison : « Nous ne changeons pas la loi, nous respectons les règles générales communes à tous les régimes ». C'est en réponse au rapporteur que M. Gourju dit (ce qui a servi dans la suite, à tort, d'argument), que la loi apportait pourtant un changement, car tandis qu'auparavant sous le régime dotal la femme travaillait pour la mari et l'enrichissait, elle allait dorénavant profiter elle-même de ses gains qui seraient réservés; et qu'elle se créerait « de toutes pièces des *paraphernaux*, qu'elle n'avait pas aujourd'hui ». Et là finit la discussion, elle porta donc uniquement sur une question de propriété : les biens réservés appartiendraient-ils en propre à la femme, ou bien seraient-ils communs, comme le croyait, à tort, M. Bérenger. Mais jamais, à aucun moment, elle ne porta sur le caractère qu'auraient ces biens, s'ils seraient aliénables ou non. Le législateur n'a pas prévu la question.

On peut même tirer de la discussion une conclusion inverse de celle que l'on donne habituellement. Le rapporteur dit que l'on n'a pas changé le système antérieur et que les règles fondamentales des régimes subsistent, à quoi M. Gourju fait une exception, mais sur un point seulement, reconnaissant par là que pour le reste rien n'est changé. La modification apportée concernait, d'après lui, la propriété des produits du travail sous la dotalité. Il fait d'ailleurs une erreur, puisqu'il n'y a qu'une modification pour la jouissance de ces biens et non pour leur propriété. C'est sur

cette discussion et les termes qui y furent employés, qu'on base toute la thèse de l'aliénabilité; on vient de voir que c'est à tort, et qu'il s'agissait de toute autre chose.

La disposition finale actuelle de l'art. 5 insérée dans un intérêt de clarté sur la demande de M. Legrand, dans l'intervalle des discussions, n'est que la conclusion du débat qui vient d'être rapporté, c'est « la rédaction plus précise » qu'il avait demandée, indiquant quand il y aurait lieu de partager les biens réservés : « Sous tous les régimes qui ne comportent ni communauté ni société d'acquêts, ces biens sont *propres* à la femme ». Le mot propre ne s'applique pas seulement au régime dotal, mais aussi à la séparation de biens, au régime sans communauté ; cet article ne règle qu'une question de propriété et l'on ne peut rien en déduire concernant certaines qualités spéciales à l'un ou à l'autre de ces régimes. On peut tirer également argument de l'emploi fait comme équivalents des mots « propre » et « paraphernal ». Les biens dotaux sont des propres au même titre que les paraphernaux. Pour marquer plus spécialement l'aliénabilité, le mot paraphernal seul eut convenu.

Dans le rapport de M. Violette on ne peut également rien relever qui puisse indiquer l'intention chez le législateur de supprimer l'inaliénabilité pour les biens réservés. Le rapporteur souligne les dispositions adoptées au Sénat. Il commente sous l'art. 4 l'art. 5 et il est impossible de voir bien nettement ce qu'il a voulu dire. Il semble partager l'erreur de M. Gourju et de M. Bérenger. Il dit en effet que sans l'art. 5, dernier alinéa, il aurait été douteux que les biens réservés fussent paraphernaux. Sans doute croyait-il avec M. Gourju que le mari s'enrichissait sous le régime antérieur de la totalité des gains de sa femme. En tous cas,

il semble n'examiner qu'une question de propriété et ne paraît pas avoir songé à celle de l'inaliénabilité ; lui aussi emploie, d'ailleurs, les termes « propres » et « paraphernaux » comme synonymes.

Il ressort donc de tout ceci que rien dans les discussions ne peut être invoqué en faveur de la suppression de l'inaliénabilité. Des commentateurs l'ont si bien senti, qu'ils avouent que la discussion au Sénat et l'art. 5 ne sauraient être invoqués, et ils appuient la solution proposée uniquement sur l'art. 1 (1). Cet article donne expressément à la femme le droit d'aliéner ses biens réservés « sous tous les régimes », sans l'autorisation de son mari, ce qui semble exclure l'inaliénabilité dotale. De plus, l'art. 3 donne à ses créanciers le droit de les saisir, et il ne distingue pas selon les régimes. Cela se justifierait, du reste, facilement, ces biens ont une affectation spéciale que l'inaliénabilité entraverait : ils ne pourraient plus jouer le rôle pour lequel ils ont été créés.

Cet argument, basé sur l'art. 1, est plus sérieux et gênant que le précédent. Mais les mots « sous tous les régimes », n'ont pas été mis là pour exclure toute règle contraire de quelque régime que ce soit. Ils ont été introduits pour la première fois dans le projet de la commission de la Société d'Etudes législatives et les autres projets les reproduisirent par la suite. Or, M. Boistel s'est expliqué sur leur sens exact (2). Ils ont été insérés pour indiquer que la loi ne s'appliquait pas uniquement aux époux communs en biens, mais à tous les régimes sans exception. Cela était utile à dire, en 1901, la loi ayant surtout des raisons d'être impérieuses

(1) Léon Lyon-Caen, *op. cit.*, page 192. Pichon, *op. cit.*, page 25.

(2) *Bull. Soc. Etud. Legis.*, 1901, page 459.

pour le régime de communauté ; dans lequel les gains de la femme tombaient dans la masse commune et se trouvaient là à la discrétion du mari, tandis que sous les autres régimes la femme en gardant la propriété était donc plus protégée et avait moins besoin d'une loi spéciale. Il avait été, de plus, répété maintes fois que la loi n'était destinée qu'aux ouvrières, on aurait pu hésiter à en étendre les dispositions à des cas où l'existence d'un contrat de mariage indiquait une aisance plus grande et rendait la protection moins utile. Cette précaution était donc compréhensible à l'époque où M. Boistel en exposait les motifs, la portée exacte de la loi n'étant pas encore arrêtée alors.

Les mots « sous tous les régimes » n'ayant pas le sens qu'on leur a prêté, il reste que rien dans l'art. 1 ne permet d'affirmer que le législateur a entendu supprimer l'inaliénabilité dotale. La question n'a pas été examinée une seule fois lors des discussions et des travaux préparatoires ; elle n'a pas été aperçue. On ne peut donc admettre qu'elle ait été solutionnée par le texte de la loi. Il faut donc se déterminer uniquement d'après son esprit. Or, à plusieurs reprises il fut déclaré, lors de la discussion, que l'on entendait ne rien changer aux règles fondamentales des régimes matrimoniaux (donc à l'inaliénabilité pour le régime dotal). C'est une protection pour la femme contre elle-même autant qu'une mesure préventive à l'égard du mari. Il y a toujours mêmes raisons aujourd'hui, et l'on comprend mal qu'une loi toute en faveur de la femme l'ait privée d'une protection qui était censée lui être d'un si grand secours. D'autant plus que l'adoption de ce régime nécessitant un contrat de mariage, cela implique qu'il y avait dans l'espèce des raisons particulières à ce que la femme soit ainsi protégée, tirées par exemple du commerce particulièrement

dangereux qu'exercent les époux, ou de leur légèreté naturelle. L'adoption de ce régime indique qu'il s'agit d'époux aisés, pour lesquels l'inaliénabilité des biens de la femme ne sera d'aucune gêne en ce qui concerne les dépenses courantes du ménage, que leurs revenus suffiront à couvrir.

On ne peut déclarer inconciliables les pouvoirs de la loi de 1907 et l'inaliénabilité dotale, puisque justement tous deux tendent au même but : assurer au ménage certains revenus destinés à sa subsistance. L'un des buts du régime dotal est, en préservant les biens de la femme contre ses créanciers commerciaux et autres, d'assurer aux époux durant tous le cours de leur union les ressources qui leur sont nécessaires. Loin de s'exclure, les deux dispositions doivent donc se cumuler.

Lorsqu'il sera nécessaire d'employer ces biens réservés inaliénables pour les besoins du ménage, leur qualité n'y mettra pas un obstacle infranchissable. C'est justement l'un des cas que prévoit l'art. 1538, alinéa 2, lequel donne à la justice le pouvoir d'autoriser l'aliénation du fonds dotal lorsque cela est nécessaire pour procurer des aliments à la famille (1). La femme seule et non ses créanciers pourra, comme auparavant, demander à la justice l'autorisation de vendre.

En outre, la raison tirée de l'intérêt du ménage est loin d'être péremptoire, car ce n'a pas été le principal motif de la loi. Son historique montre suffisamment qu'elle a été faite dans l'intérêt de la femme pour consacrer sa liberté,

(1) Elle pourra même obtenir de justice l'autorisation d'aliéner ses biens dotaux ou de les hypothéquer pour acheter un fonds de commerce et assurer aussi sa subsistance, celle de son mari et de ses enfants.

Reg. 4 juillet 1904 (D. P. 1904, 1, 551).

Caen, 9 juillet 1908 (Rec. Caen, 1908, 253).

sa personnalité, pour la libérer, en un mot, sur ces biens de la tutelle de son mari. Sa capacité sur ses biens réservés, quoique moindre, est comparable à celle d'une femme séparée de corps ; or, celle-ci qui, pourtant, est pleinement capable, voit l'effet de la dotalité subsister : il lui est impossible d'aliéner le fonds dotal. Ainsi que le dit M. Planiol, on l'a délivré d'une tutelle dont l'exercice était abusif ; on n'a pas voulu la priver des garanties exceptionnelles qu'elle avait pu s'assurer par son contrat de mariage (1). La situation de la femme qui a des biens réservés est identique, et il y a mêmes raisons de statuer. Il faut d'ailleurs prévoir le cas où le mari obtient de la justice la révocation de tout ou partie des pouvoirs de la femme et l'on voit là, particulièrement, l'inconvénient qu'il y aurait à ce qu'ils ne fussent pas inaliénables. Du moment que l'effet de la loi de 1907 est suspendu, ces biens doivent être replacés sous le régime antérieur. Ils sont donc alors nécessairement dotaux ; l'on ne peut admettre que du jour au lendemain ils sont devenus inaliénables. Un changement si complet survenu dans la nature d'un bien serait peu satisfaisant logiquement, et contraire à l'immutabilité des conventions matrimoniales.

La qualité de paraphernal n'est pas du tout inconciliable avec l'inaliénabilité. La jurisprudence a admis que la femme pouvait avoir l'administration et la jouissance de biens dont ni elle ni son mari, ne pouvaient disposer, et qu'il n'y avait là qu'une application de la liberté des conventions matrimoniales. De même la loi de 1907, sous la dotalité universelle, n'a modifié les règles de ce régime, en ce qui concerne les biens réservés, que sur un point ; la jouissance

(1) Planiol, t I, page 429.

n'en appartient plus au mari, mais à la femme. Sur les autres points la structure de ce régime n'a pas varié.

Lorsque les biens réservés seront inaliénables, ils seront par voie de conséquence insaisissables. Les créanciers de la femme seront donc sans droit pour les saisir. L'insaisissabilité leur est opposable à tous, que l'obligation de la femme ait été autorisée par son mari ou non. On arrive ainsi à un résultat inattendu et surprenant. Lorsque la femme s'oblige sans l'autorisation du mari, elle n'engage ainsi que ses biens réservés et eux seuls. Puisque ces derniers sont insaisissables, ces créanciers n'auront aucun gage quel qu'il soit. Et l'insaisissabilité leur est opposable après la dissolution comme au cours du mariage. Ce qui revient à dire que la femme théoriquement capable de s'obliger ne peut affecter aucun gage au paiement de ses dettes, c'est-à-dire qu'elle ne peut s'obliger. Cette conséquence est de nature à faire douter de l'inaliénabilité des biens réservés. En adoptant la dotalité universelle, les époux paraissent pouvoir enfreindre d'une façon détournée l'art. 1 de la loi de 1907, qui déclare d'ordre public la capacité de la femme sur les produits de son travail. Si le contrat de mariage permet l'aliénation des biens dotaux à charge de emploi, bien que l'inaliénabilité des biens réservés ne soit pas absolue, l'insaisissabilité, elle, subsiste entière.

Ceci admis, faisons remarquer que les biens réservés de la femme ne seront que rarement inaliénables et insaisissables ; il faut en effet supposer pour cela que les époux ont adopté la dotalité des biens présents et à venir, qui n'est pas fréquente. Dans ce cas la femme ne pourra aliéner selon les règles de ce régime ni ses meubles ni ses immeubles. Il y a donc là une protection supplémentaire, car si le mari en avait l'administration, il pourrait aliéner

au moins les meubles, ce que la femme ne peut pas faire.

S'il y a une clause d'emploi, la femme devra se soumettre aux formalités nécessaires ; mais c'est elle qui les remplit et non plus son mari. L'intervention de ce dernier est devenue entièrement inutile.

CHAPITRE XIII

AUTRES RÉGIMES

SECTION I

Régime exclusif de communauté.

Pour le régime de sans communauté, on discutait également si le mari devait bénéficier seul des produits du commerce de la femme. Étaient-ce là des fruits et devait-on, par conséquent, appliquer l'art. 1530 C. civil qui dit que tous les fruits des biens de la femme sont censés apportés au mari pour supporter les charges du ménage. La plupart des auteurs, ainsi qu'il a été dit précédemment, répugnait à reconnaître dans le travail un bien (sinon en économie politique) et ne donnait au mari que la jouissance des gains. La loi de 1907 n'a donc rien changé sous ce régime en ce qui concerne la propriété des gains de la femme ; elle apporte, au contraire, une modification très importante pour la jouissance et l'administration de ces biens qui du mari passe à la femme.

Mais les bénéfices du commerce se composent de deux parties bien distinctes, les produits du travail et ceux du capital engagé dans le négoce. Dès avant 1907, il était

admis que si le mari avait remis à sa femme, pour l'aider dans son entreprise, des capitaux dont il avait la jouissance ; l'équité et l'immutabilité des conventions matrimoniales exigeaient que la femme lui tint compte de l'intérêt des capitaux mis à sa disposition (1). Nous avons vu au chapitre « de la distinction des produits du capital et du travail » que cette solution s'imposait aujourd'hui encore.

On s'était également demandé si le mari sous ce régime ne devait pas être tenu des dettes de sa femme autorisée. On invoquait à l'appui la maxime *ubi emolumentum, ibi onus*. Mais on faisait remarquer, qu'au moins dans la thèse dominante, le mari n'acquerrait pas les produits du travail de la femme, mais seulement les revenus de ces produits capitalisés, en sorte que le mari logiquement n'eût dû supporter que l'intérêt de ces dettes, c'est-à-dire dans la mesure où il s'enrichissait. On faisait valoir aussi dans une autre opinion que l'art. 5. C. comm. porte que le mari est obligé par les dettes commerciales de sa femme « s'il y a communauté entre eux ». Par un argument *a contrario* bien fondé on soutenait que, par conséquent, sous tous les autres régimes il ne l'était pas. Toutes ces discussions sont aujourd'hui inutiles, le mari perdant sous ces régimes tout droit sur les gains de la femme, ce qu'exprime l'art. 5 dernier alinéa : « Sous tous les régimes qui ne comportent ni communauté ni société d'acquêts, ces biens sont propres à la femme ».

L'art. 2 permet aux créanciers qui ont traité avec le mari dans l'intérêt du ménage, de saisir les biens réservés si, d'après le régime adopté, ils auraient dû se trouver, antérieurement à la loi, entre les mains du mari. Est-ce le cas

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité* 4, page 308. — Thaller, *Manuel*, page 109.

pour le régime sans communauté? D'après la thèse précédemment exposée, le mari n'avait droit, avant 1907, qu'aux revenus des produits du travail de la femme. Ne faut-il pas alors reconnaître à ses créanciers, aujourd'hui, action sur les revenus des biens réservés, puisqu'autrefois ces revenus tombaient dans leur gage? Cette solution a été proposée par M. Deschamps (1); elle doit être repoussée. L'art. 3, § 2, n'a eu en vue que le cas où le mari avait entre ses mains les produits du travail de sa femme, et non celui où il n'avait que leurs revenus; ainsi que cela ressort du texte même de cet article qui parle de biens réservés. Il y aurait en outre une bien grande complication, et ce serait sous ce régime annihiler presque l'effet de la loi et maintenir l'état de choses antérieur; après comme avant, le mari aurait les revenus des gains de la femme à sa disposition.

SECTION II

Séparation de biens.

La séparation de biens est le régime sous lequel la loi apporte le moins de modifications à la condition de la femme; car c'était celui qui lui attribuait le plus d'indépendance. Elle ne pouvait cependant s'obliger ou aliéner ses meubles que lorsque cela était nécessaire pour les besoins de son administration. Aujourd'hui, toutes ces restrictions ont disparu.

(1) Deschamps, *Thèse*, page 104: le créancier peut poursuivre la jouissance des biens réservés.

Y a-il quelque chose de changé à la façon dont la femme contribue aux charges du ménage. Cette contribution était, avant 1907, fixée une fois pour toutes au $\frac{1}{3}$ de ses revenus (au moins sous la séparation conventionnelle) qu'elle versait entre les mains de son mari. Aujourd'hui, elle les dépense elle-même et les affecte aux besoins du ménage comme elle l'entend. C'est le but même de la loi de lui donner cette indépendance. Mais dans quelle mesure doit-elle ainsi contribuer à ces charges ? L'art. 7, § 1, délimite son obligation sous tous les régimes à cet égard « faute par un des époux de subvenir dans la mesure de ses facultés... » Il y a donc sur ce point aussi une innovation : la femme ne contribue plus pour une part fixe, mais proportionnellement à ses ressources. Cela était déjà admis pour la séparation de biens judiciaire (art. 1448) et ce système de contribution était trouvé beaucoup plus satisfaisant et équitable que celui du régime de séparation de biens conventionnel.

La femme pourra-t-elle, sous la nouvelle loi, demander la séparation de biens judiciaire pour protéger ses biens réservés ? Ce droit lui a été refusé, car elle n'y aurait, dit-on, absolument aucun intérêt. Il y a même une décision du tribunal de Périgueux en ce sens (1). La séparation de biens serait sans objet, dit-on, et l'on n'a pas à protéger contre le mari et ses créanciers les gains de la femme, puisqu'ils n'ont aucun droit sur eux.

Examinons si c'est bien exact et s'il n'y a pas certains cas où la femme a intérêt à pouvoir obtenir la séparation de biens pour protéger ses biens réservés. On n'a qu'à supposer la femme mariée sous le régime de communauté

(1) Tribunal de Périgueux, 12 mars 1908 (Sirey, 1909. *Sommaire*, p. 20).

légale ou réduite aux acquêts. Aux termes de l'art. 3, § 2, les créanciers du mari, dans l'intérêt du ménage, auront action sur les biens réservés, puisqu'ils étaient autrefois aux mains du mari. Si la séparation de biens était prononcée, ces créanciers ne pourraient plus se prévaloir de l'art. 3, § 2 ; ils ne rentrent plus dans ses termes car, avant 1907, le mari cessait alors d'acquérir les gains de la femme ; la femme n'aura donc plus à craindre leurs poursuites.

Ce n'est pas du reste le seul intérêt que la femme peut avoir à demander la séparation de biens. Si la communauté se dissout par la mort de la femme laissant comme héritiers des collatéraux et si la communauté est mauvaise, ceux-ci ne peuvent pas renoncer, tout en gardant les biens réservés comme les héritiers en ligne directe. L'affection que la femme porte à ces héritiers peut la pousser à prévoir cette éventualité et à écarter pour l'avenir le mari et ses créanciers ; c'est ce à quoi elle arrivera en demandant la séparation de biens. Si elle l'obtient, on procédera à la liquidation de la communauté. Et puisque c'est à elle alors à prendre parti, elle renoncera en gardant ses biens réservés, que ses héritiers trouveront sains et saufs dans sa succession. En étant ainsi prévoyante, elle ne court pas le risque de prédécéder laissant comme héritiers des collatéraux qui ne peuvent, comme elle, se prévaloir du droit de retrait des biens réservés tout en renonçant. Dans ce cas, la séparation de biens n'a pas d'intérêt actuel, elle est purement préventive. Elle aurait uniquement pour but, si cela était admis, de remédier à la disposition restrictive et peu justifiée de l'art. 5, § 3. Si les circonstances l'exigent, la femme fera bien de demander la séparation, même si ses héritiers présomptifs sont des descendants ; on ne sait ce qui peut arriver et il est plus prudent de parer à toute éventualité.

De plus, ce faisant, elle ne protège pas que certains de ses héritiers, mais ses créanciers échappent ainsi à un concours qui leur serait très préjudiciable au cas où la communauté viendrait à se dissoudre ; la séparation de biens peut donc avoir encore un autre but : celui de rassurer les créanciers de la femme, c'est-à-dire lui procurer un crédit meilleur.

D'ailleurs la question se posera rarement telle que nous venons de l'examiner : une femme n'ayant en vue que la protection de ses biens réservés. Le plus souvent, elle demandera la séparation en vue de sauvegarder ses droits dans la communauté administrée par le mari et son patrimoine réservé sera protégé subsidiairement.

Nous avons exposé quelques hypothèses où la femme avait intérêt à demander la séparation de biens pour protéger ses biens réservés. Ces situations sont si nouvelles que l'on ne peut prévoir encore quelle serait la décision des tribunaux qui auraient à statuer sur des cas semblables. La jurisprudence décide bien que pour obtenir la séparation de biens il n'est pas nécessaire que la femme ait à exercer immédiatement des reprises, à faire valoir des droits nés et actuels. Mais si un intérêt éventuel suffit, que décider, et que décidera la jurisprudence ; lorsque cet intérêt, comme dans la dernière hypothèse examinée, n'est pas pécuniaire mais purement moral, d'affection envers des héritiers ?

Il faut remarquer que ceux qui auraient le plus intérêt à pouvoir demander la séparation de biens ce sont les créanciers de la femme. Ils courent le risque de voir leur gage compromis par le concours des créanciers du mari, si les héritiers sont des collatéraux. D'autant plus que la femme qui, elle, est protégée ne se souciera pas de demander la séparation en faveur de personnes qui l'intéressent peu, sans doute ; et

de risquer ainsi d'amener le trouble dans son ménage.

Or, l'art. 1446 leur refuse le droit de demander la séparation de biens sans le consentement de la femme; ce droit étant un de ceux qui sont considérés comme attachés à la personne. Cet article organise, il est vrai, quelque chose qui s'y rapproche lorsque le mari tombe en déconfiture ou en faillite. Ils peuvent alors exercer les droits de leur débitrice, et cela malgré elle, jusqu'à concurrence de leurs créances. Ils pourront produire à la faillite et demander la liquidation des reprises que la femme peut avoir à exercer (1). On voit donc que l'art. 1446 ne permet pas aux créanciers de la femme d'obtenir le partage définitif de l'actif qui leur serait nécessaire pour mettre les biens réservés à l'abri des créanciers du mari pour l'avenir; il n'a pour but que de leur faire profiter de l'occasion qui se présente et au moment même où elle se présente : la liquidation des biens du mari.

On comprendrait fort bien pourtant que les créanciers de la femme pussent empêcher ceux du mari de concourir avec eux sur les biens réservés, lorsque la femme se trouve être par hasard représentée par des collatéraux; et d'autant plus que, pour certains d'eux, ces biens sont l'unique gage. On peut du reste, sur le principe même de la séparation de biens, estimer avec Laurent que c'est une institution essentiellement pécuniaire, et que l'élément moral qui s'y trouve incontestablement est loin d'être dominant. Il semble d'ailleurs qu'il n'est pas rationnel de prétendre, comme on le fait si souvent, que la femme doit, seule, être juge de former cette demande et qu'elle doit pouvoir ne pas l'exercer pour ne pas mettre le trouble dans le ménage. Mais si les créanciers de la femme pouvaient demander la séparation,

(1) Tribunal Seine, 6 janvier 1899 (Pandectes Franc Périod. 1900, 2.72).

même malgré elle, comment admettre que cela troublerait le repos et l'union du ménage ? Le mari ne peut rendre sa femme responsable de la décision prise par ses créanciers. Il peut même sembler que si un jour ce droit leur était reconnu, de ce fait la femme la demanderait moins souvent elle-même ; ses créanciers s'en chargeant, et la paix du ménage serait mieux assurée.

La loi de 1907 aurait dû organiser en faveur des créanciers de la femme une sorte de séparation des patrimoines qu'ils auraient pu invoquer sur les biens réservés. Ils n'avaient plus ainsi à redouter l'éventualité du prédécès de la femme ne laissant comme héritiers que des collatéraux. Ils étaient de la sorte dans la même situation que si c'était à la femme, ou à ses héritiers en ligne directe, à prendre parti sur la communauté.

(1) Laurent, tome XXII, n° 214.

CONCLUSION

Au point de vue purement commercial la loi du 13 juillet 1907 a apporté une amélioration importante à la condition de la femme : elle lui a, en effet, donné le droit d'ester en justice à raison de son négoce, sans autorisation. Ce point mis à part, il y a eu peu de modifications. Le but strict de la réforme était d'accorder pleine capacité à la femme sur ses gains, et l'on ne s'est pas préoccupé des conditions dans lesquelles s'opérait son travail, cela était en dehors du sujet de la loi. C'est ainsi que les obligations commerciales de la femme peuvent toujours être poursuivies contre le mari et la communauté et que l'autorisation maritale lui est toujours nécessaire pour entreprendre un commerce. Et, sur ce dernier point, il y a une lacune regrettable : la liberté du salaire implique celle de le gagner.

Les créanciers commerciaux ont le même gage qu'auparavant, mais sur une partie de ce gage ils vont avoir à subir le concours de nouveaux créanciers : ceux de la femme non autorisée ; par contre, sur ces mêmes biens ceux du mari n'ont plus de droits aujourd'hui.

Nous avons vu que l'application à la commerçante du système des biens réservés rend, pour elle, nécessaire la distinction dans le gain total des produits du capital et de

ceux du travail. Un régime différent leur étant le plus souvent applicable. C'est l'existence forcée du capital commercial pour la commerçante qui différencie sa situation de celle de l'ouvrière ou de l'employée.

La loi nouvelle n'a donc que peu modifié la condition de la femme commerçante, encore que certains auteurs, ayant pris leurs désirs pour des réalités, ont une tendance à admettre que la loi a adopté toutes les doctrines qui leur étaient chères.

Au point de vue purement civil, en ce qui concerne la capacité de la femme sur ses gains, il y a une véritable révolution dans notre droit matrimonial. Sauf pour les donations, elle est pleinement capable. Cette réforme a surtout d'importance pour les commerçantes, les seules pour lesquelles la question des biens réservés soit pratique. La construction juridique de ce système est d'ailleurs loin d'être satisfaisante. La communauté pour toute une partie des biens qui la composent : les produits du travail de la femme, qui seront pour beaucoup d'entre elles le seul apport ; n'existe qu'abstraitement. Il y a deux masses de biens complètement distinctes avec deux administrateurs différents ; et la réunion n'en est faite qu'à la dissolution.

On les partage alors pour la satisfaction d'un principe théorique qui se trouve être dans son application très subtil. On a peine en effet à comprendre pourquoi cette opération a lieu ; alors surtout que l'un des conjoints, et lui seul, peut s'y refuser et garder ce qu'il détient ; ce qu'il ne manquera pas de faire toutes les fois qu'il y trouvera son avantage. On voulait faire une œuvre de justice envers la femme, elle est injuste pour le mari, qui devrait avoir logiquement un droit parallèle.

Autre résultat malheureux : la direction des affaires du

ménage, qui jusqu'ici, sous tous les régimes, était unitaire, se trouve dans tous les cas, quand la femme travaille, scindée en deux. Il y a dédoublement de l'administration, d'où il résultera des tiraillements et des conflits. Il n'y a heureusement pas d'illusions à se faire. C'est une matière où la réglementation de la loi n'a que peu de prise, et où les époux s'organisent à leur guise au grand profit du ménage. Le système pourrait bien rester lettre morte. Cela est vrai surtout pour la classe ouvrière, qui, ainsi que l'établirent les renseignements fournis lors de la discussion à la Société d'Etudes législatives, vit sans se préoccuper de la législation qui la régit, et l'ignore même.

Il semblerait, à voir l'importance des réformes contenues dans cette loi, qu'elle doive révolutionner tout notre droit matrimonial. Cela a été dit maintes fois par les commentateurs de la loi, et c'est ce qui ressort de son étude.

Voyons maintenant, après avoir étudié quelles étaient logiquement ses conséquences, ce qu'elles sont en fait. Examinons, en un mot, les résultats de la loi. Nous assistons alors à un phénomène du plus haut intérêt sociologique. Cette loi reste lettre morte ou presque, annihilée en quelque sorte par le non usage. Soit par difficultés d'application, soit qu'elle heurte par trop les habitudes et traditions séculaires, soit qu'il y ait eu illusion sur sa nécessité; et, pour un peu, de toutes ces raisons à la fois, sans doute, la loi de 1907 voit ses réformes ne pas porter de fruits.

Si, dans les milieux juridiques, elle fait a grand bruit, dans ceux où elle devait s'appliquer et bouleverser tout l'ordre des choses existant, elle a passé inaperçue ou presque. La pauvreté de la jurisprudence sur la matière en est un indice certain; il y a bien quelques décisions mais dont la presque totalité a rapport à la question de la saisie-arrêt des

salaires d'un des époux par l'autre, qui apparaît le seul point véritablement pratique de la loi ; cette réforme, qui est d'ailleurs entièrement indépendante de celle de la capacité de la femme sur ses gains, étant entrée d'emblée dans nos mœurs. Les dispositions sur la contribution des époux aux charges du ménage apportaient en effet remède à une situation particulièrement urgente. On ne conçoit pas d'ailleurs très bien qu'elles puissent s'appliquer à d'autres que des époux séparés de fait, ou entre lesquels la séparation de corps a été prononcée (1). L'on a peine à se figurer, en effet, deux époux vivant au même foyer, à la même table, alors qu'une procédure de saisie-arrêt est en cours à la requête de l'un sur les salaires de l'autre. Il est curieux que le seul point véritablement pratique de la loi vise un cas où il n'y a plus de ménage, mais des éléments dissociés.

Même les dispositions de la loi de 1907, sur lesquelles nul désaccord n'est intervenu entre les commentateurs et aucune hésitation ne semblait possible ; sont méconnues par la pratique. C'est ce qui ressort très clairement d'une enquête faite à ce sujet par M. Adam et lue récemment à la Société de législation comparée (2).

S'il est un point sur lequel il semblait que la loi ait expressément statué, c'est bien sur les conditions dans lesquelles la femme pourra valablement faire emploi ou disposer de ses biens réservés. L'art. 1, § 4, porte : « la validité des actes faits par la femme sera subordonnée à la seule justification par un acte de notoriété ou par tout autre moyen mentionné dans la convention qu'elle exerce personnellement une profession distincte de celle de son mari ; la responsa-

(1) La saisie-arrêt de l'art. 7 s'applique aux époux séparés de fait : Cas-sation, 1^{er} févr. 1909 (D. P. 1909, 1:85).

(2) Annuaire de la Société de législation comparée, 1909, page 281 et s.

bilité des tiers avec lesquels elle a traité en fournissant cette justification n'est pas engagée ». En doctrine, il n'y a pas de difficultés sur cet article, et c'est l'évidence que semble exprimer M. Léon Lyon-Caen lorsqu'il dit que « le législateur n'a pas voulu obliger la femme à justifier à l'égard des tiers avec qui elle contracte de la provenance des valeurs dont elle dispose ; le formalisme exigeant des intermédiaires : sociétés, agents de change, banquiers, ne se serait jamais contenté de ces justifications d'origine fort difficile à fournir en elle-même ; ils eussent exigé le concours du mari » (1).

Or, il résulte de l'enquête de M. Adam que la loi n'a pas atteint son but, et ce qui a lieu est justement ce qu'elle voulait éviter. Les banquiers et établissements de crédit considèrent l'acte de notoriété comme de nulle valeur et, voulant avant tout sauvegarder leur responsabilité, ils ignorent la loi et continuent d'exiger comme par le passé l'autorisation du mari. Ils sont à coup sûr ainsi à l'abri de toutes contestations de la part de ce dernier. Leur décision est motivée de ce que, d'après eux, l'art. 4 anéantit l'art. 1. Cet argument n'est évidemment pas sérieux, puisque chacun de ces articles vise des cas absolument différents.

Il faut faire remarquer que ces banquiers sont de simples particuliers qui font leurs opérations comme bon leur semble, et sous telles conditions qu'ils croient bon imposer. Il n'y a contre eux aucun recours et l'on peut seulement regretter que, dans un souci exagéré de responsabilité, ils entravent le progrès législatif.

Chez les agents de change la même solution est adoptée ;

(1) Léon Lyon Caen, *op. cit.*, page 198. M. Violette dans son rapport (*J. O. Chambre Annexes*, 1907, p. 960), n'était pas moins affirmatif. « Soit pour acheter, soit pour vendre, la femme n'aura qu'à apporter la justification... »

s'ils acceptent les actes de notoriété établissant que la femme exerce un commerce séparé, ils exigent en plus l'autorisation du mari pour l'acte à passer et en outre l'approbation de sa part de l'acte de notoriété. En sorte que la loi aurait abouti, en définitive, à un surcroît de formalités et à une regression sur l'état de choses antérieur. Mais la situation n'est plus la même que dans le cas précédent, leur ministère est forcé et eux seuls peuvent négocier les valeurs cotées ; en sorte que l'entrave qu'ils apportent à la réforme est particulièrement gênante et intolérable.

En ce qui concerne le Trésor le résultat de l'enquête de M. Adam est que la femme peut comme elle veut acheter de la rente sans justification aucune. Mais dès qu'elle voudra vendre, par contre, l'autorisation de son mari sera rigoureusement exigée. L'administration justifie cela en disant que la femme a la ressource de déposer son argent à la Caisse d'épargne, et elle aura ainsi complète liberté de le retirer. Ce raisonnement est étrange : l'administration refuse d'exécuter une loi, malgré son texte formel, parce qu'elle lui semble faire double emploi !

L'art. 1, § 4, étant la clef de la capacité de la femme et en réglant l'exercice, sa méconnaissance rend vaines toutes les autres dispositions de la loi ; l'ingérence du mari est nécessaire et la femme capable en droit, est incapable en fait.

A cet état de choses, la loi étant, comme le dit M. Adam, paralysée, quel remède apporter ? M. Adam en voit deux. Et tout d'abord des procès ; il ne semble pas douteux que les tribunaux reconnaîtraient les pouvoirs de la femme puisqu'ils sont inscrits, sans doute possible, dans la loi. Il propose ensuite l'intervention législative et la suppression totale de l'incapacité de la femme mariée. Remède énergique et qui, du coup, supprimerait toute la question,

Ce qui arrive à la loi française sur les biens réservés n'est pas, d'ailleurs, un fait isolé. C'est le sort commun auquel cette réforme à l'air d'être destinée, dans les différents pays. M. Salcilles a lu, en effet, à la Société d'Etudes législatives, une communication du professeur Martin, de Genève, sur la loi genevoise du 7 novembre 1894 ; il y était dit qu'elle n'avait pas eu de résultats pratiques fort appréciables ; qu'elle pouvait bien avoir une très grande valeur théorique mais, qu'en fait, elle n'avait rien changé, ou presque, au régime antérieur (1).

L'on peut en tirer des conclusions intéressantes au point de vue sociologique : c'est que l'omnipotence du législateur n'est pas telle qu'on pourrait se la figurer et que sa volonté peut rester lettre morte. Il y a un équilibre qui s'établit entre les deux forces opposées : la volonté du législateur et la force d'inertie du praticien, d'où résulte des institutions assez souvent satisfaisantes, les défauts de chacun se contrebalançant.

La non application de la loi montre combien l'on est peu fait encore à l'idée de la capacité complète de la femme mariée ; et combien elle heurte des traditions séculaires. On peut même remarquer comme un mouvement de réaction qui s'est produit depuis le vote de la loi. Beaucoup de commentateurs soutiennent aujourd'hui que le législateur y a eu principalement en vue l'intérêt du ménage et n'a pas voulu faire seulement œuvre de justice à l'égard de la femme. Et, à l'aide de ce raisonnement, ils cherchent à restreindre ses pouvoirs dans les limites de l'intérêt du ménage par une pensée utilitaire plutôt que de justice et de générosité.

Le méconnaissance de la loi était à prévoir du moment

(1) *Bull. Soc. Etud. Legis.* T. I, page 105.

que l'on établissait pour une même personne une dualité de capacités inconciliables et que l'on ne comprend guère. De ce conflit la capacité normale devait forcément sortir victorieuse et annihiler l'autre. C'est là, nous semble-t-il, l'explication décisive de la non application de la loi. Le système qu'elle établit, ainsi que nous avons pu nous en rendre compte à maintes reprises, est extrêmement difficile à appliquer sinon tout à fait inapplicable. Ce caractère apparaît tout particulièrement pour la faculté de s'obliger librement que la loi accorde à la femme sur ses biens réservés, pour laquelle surtout l'application stricte du système a des conséquences étranges.

Et, finalement, pour apprécier le système des biens réservés, disons que la distinction faite par la loi entre les produits du travail et ceux du capital n'est guère juridique et qu'elle est absolument injustifiable. Non seulement les deux capacités réunies dans la même personne vont amener de grandes complications pratiques ; mais la logique, la raison, l'équité réprouvent la distinction établie par la loi selon la provenance des biens. Cela revient à dire que des deux éléments de la fortune de la femme : capital et produits de son travail, ce dernier est plus digne d'être protégé que l'autre. Ils sont sacrés, nobles, tandis que pour le premier le mari peut tout à loisir le dépenser et le dilapider. La femme qui a acquis les seconds mérite d'en avoir l'administration et la disposition, contrairement à ce qui se passe pour le premier.

Cette distinction des biens d'après leur origine était, d'ailleurs, jusqu'ici étrangère à notre droit. Au point de vue rationnel on ne comprend que l'unité de régime pour tous les biens quels qu'ils soient ; par cela seuls qu'ils appartiennent à la femme elle devrait avoir le droit de comp-

ter et de figurer dans leur administration et leur emploi.

Le capital n'est-il pas d'ailleurs, autant que les biens réservés, destiné à supporter les charges du ménage et la femme se montrerait-elle en ce qui le concerne inférieure dans son administration ? L'intérêt du ménage n'exige-t-il pas également dans les deux cas que ses biens soient entre ses mains ? Si le système antérieur établi par le code n'est ni juste ni suffisamment protecteur des droits de la femme, pourquoi ne l'avoir amélioré que pour les produits du travail ; le capital n'était-il pas aussi précieux et digne d'être protégé ? L'argent, quelle qu'en soit la provenance, a la même valeur.

Cette distinction de régime selon la provenance des biens, insoutenable juridiquement, est une source de complications infinies. Si, pour l'ouvrière, l'inconvénient n'est pas grand, car il y a le plus souvent unité de régime par suite de l'existence normale d'une seule catégorie de biens : ses gains, pour la commerçante, au contraire, les deux capacités coexisteront inconciliables et il faudra suivre les deux patrimoines à travers leurs transformations multiples. On arrive, de plus, à des conséquences choquantes ; c'est par exemple la commerçante qui, veuve, se remarie et voit ses biens réservés, par l'effet de son mariage, se muer en capitaux et changer de régime.

La différence faite entre le capital et le travail n'a d'ailleurs jamais été, au cours des discussions, valablement, justifiée. M. Saleilles a dit, par exemple, que le travail de la femme dépassait ses obligations légales, ce qui n'est pas exact.

M. de Lamarzelle, au Sénat, soutint que l'on concevait fort bien que la femme ne pût aliéner ses propres sans l'autorisation maritale, parce qu'elle n'avait été pour rien dans leur acquisition, et que ce n'était pas sa volonté ou un

acte venant d'elle qui les avait fait passer dans son patrimoine. Une femme même paresseuse, ajoutait-il, peut avoir des propres. Or, il peut sembler que la façon dont les biens ont été acquis doit être indifférente pour déterminer les droits qu'a sur eux le propriétaire en tant que tel.

Il nous faut donc conclure que le système des biens réservés de la loi de 1907 n'est qu'une étape vers l'émancipation définitive de la femme mariée ; et qu'un remède, inefficace d'ailleurs, a une situation plus particulièrement pressante. Théoriquement peu satisfaisant, en fait inappliqué, le système des biens réservés, par ses imperfections mêmes hâtera, sans doute, la marche de l'évolution.

Vu, le Doyen,

P. CAUWÈS.

Vu, le Président de la thèse,

Ch. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer,

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

Pour le Vice-Recteur, l'Inspecteur de l'Académie.

COMBARIEU.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
Chap. I. — Historique	5
Texte de la loi	19
Chap. II. — La femme mariée commerçante	24
Section I. — Autorisation pour faire le commerce. — Révocation. — Sanction du défaut d'autorisation	24
Section II. — Capacité de la commerçante sur ses gains.	38
Section III. — Emploi des biens réservés en achat d'un fonds de commerce.	44
Section IV. — Actes de commerce isolés. — Grains d'un commerce antérieur au mariage, — antérieur à la loi de 1907	47
Section V. — Femme mariée mineure commerçante	57
Chap. III. — Commerce séparé.	61
Chap. IV. — Distinction dans le gain commercial des produits du travail et du capital.	76
Chap. V. — Société	98
Section I. — Avec un tiers	98
Section II. — Société entre époux.	102
Chap. VI. — Droit d'ester en justice sans autorisation pour les différends commerciaux	109
Chap. VII. — Gages des différents créanciers qui vont concourir avec les créanciers commerciaux	114
Chap. VIII. — De la contribution des époux aux charges du ménage. La saisie-arrêt de l'art. 7 est-elle applicable à la commerçante ?	138
Chap. IX. — Fonctionnement de la capacité de la femme commerçante	147
Section I. — Preuve de la capacité	147
Section II. — Retrait des pouvoirs. Inapplicabilité de l'art. 2 à l'exercice d'un commerce	161

Chap. X. — Régime de communauté.	167
Section I. — Propriété des biens réservés sous ce régime . .	167
Section II. — Les créanciers commerciaux de la femme ont ils action sur la communauté et contre mari ?	177
Chap. XI. — Gage des créanciers de la femme à la dissolution de la communauté	191
Section I. — Acceptation de la communauté	191
Section II. — Renonciation à la communauté	196
Section III. — Hypothèque légale de la femme mariée sur les immeubles réservés mis dans le lot du mari	203
Chap. XII. — Régime dotal. Inaliénabilité des biens réservés . . .	206
Chap. XIII. — Autres régimes	217
Section I. — Régime exclusif de Communauté	217
Section II. — Séparation de Biens.	219
CONCLUSION.	225

